الوجيز

في

مصادر الإلتزام

(الجزء الأول)

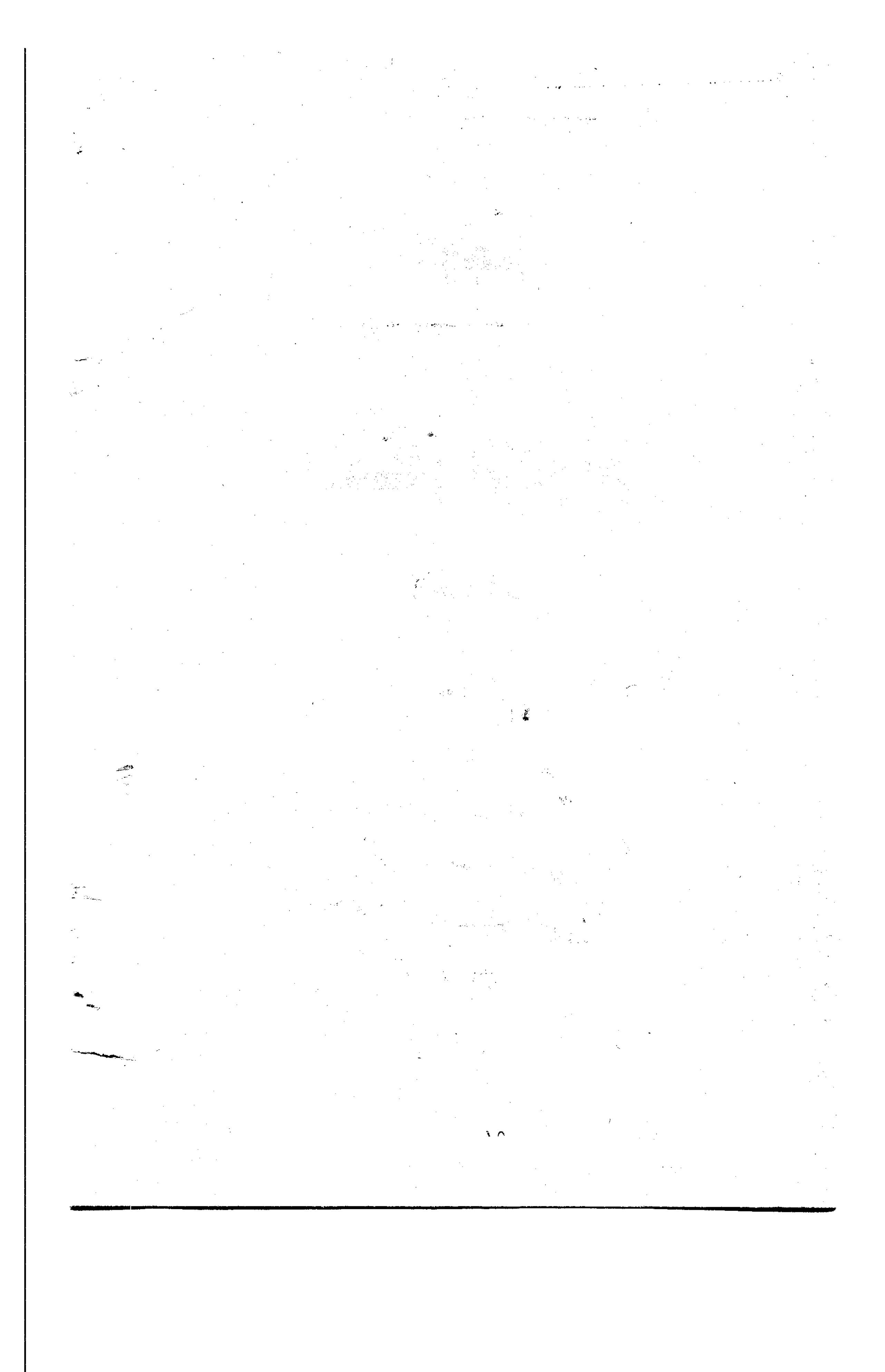
دكتور

محمود عبد الرحيم الديب

كلية الشريعة والقانون

بدمنهور

١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين «وبعد».

فهذه دراسة موجزة لمصادر الالتزام في القانون المدني المصري حيث تناولها هذا القانون بالترتيب، فجعل المصدر الأول العقد، ثم الإرادة المنفردة، ثم العمل غير المشروع، ثم الإثراء بلا سبب (العمل المشروع)، وأخيراً القانون كمصدر من مصادر الالتزام.. وقد عرضت لها بأسلوب سهل ميسر، بحيث يفهمه كل من الطالب والباحث معًا، وقد تناولت في هذه الدراسة الآراء الفقهية، وأهم الأحكام القضائية الحديث منها والقديم، مشيراً إلى بعض أحكام الفقه الإسلامي المتصلة بالموضوع، داعيًا المولى عز وجل أن ينفع به وأن يجعله في ميزان حسناتنا وأن يسدد خطانا على طريق الحق والعدل، إنه على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

الإسكندرية في: أكتوبر ١٩٩٧م

دكتور

محمود عبد الرحيم الديب

تمهيد

تعريف الالتزام وبيان مصادره

١ ـ تعريف الالتزام:

تطورت فكرة الالتزام تطورا كبيرا، حيث كان يقصد بها في ظل القانون الروماني تلك السلاسل التي يربط بها الدائن مدينة إذا امتنع أو تأخر في الوفاء بدينه، ثم أصبح يقصد بها في فقه القانون واجب المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل لصالح الدائن، وصار المدين ملتزما في ذمته لا في جسده[١].

ولم يتعرض القانون المدني المصري لتعريف الالتزام[٢] ويبدو أن المشرع المصري آثر أن يكون ذلك من عمل الفقهاء باعتبار أن التعريفات ليست من مهمة المشرع، ولكن المشروع التمهيدي للقانون المدني أشار إلى تعريفه بأنه: «حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقًا عينيًا أو أن يقوم بعمل أو بالامتناع عن عمل»[٣].

وأيا ما كان الأمر فإن اجتهاد الفقهاء في تعريف الالتزام قد وصل مداه

---

(١) عبد الناصر العطار، مصادرالالتزام ١٩٩٠ بند ١.

(٢) عكس القانون المدني القديم الذي كان يعرف الالتزام في المادة ٩/ ١٤٤ حيث ذكرت أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه».

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص٩، م١٢١ والتعليق عليها بالهامش.

وانتهى إلى أن الالتزام هو عبارة عن «رابطة قانونية ذات طبيعة مالية تقوم بين شخصين أو أكثر بمقتضاها يلتزم أحدهما ويسمى بالمدين بالقيام بأداء معين، قبل شخص آخر يسمى الدائن»(١).

هذا ويفرق الفقه الإسلامي بين الالزام والالتزام، فالأول يكون من سلطة حاكمة خارجة عن الملتزم والثاني يصدر ابتداء من الشخص الملتزم اختيارا من قبل نفسه(٢) بينمالا يعرف الفقه القانوني هذه التفرقة، فيشمل الالتزام عندهم الالزام والالتزام في الفقه الإسلامي، وتبدو هذه التفرقة واضحة في الفرق بين التصرف القانوني والعمل المادي، فالأول التزام والثاني إلزام.

٢ ـ خصائص الالتزام في الفقه القانوني:

يتضح من التعريف السابق للالتزام أنه يتميز بالخصائص التالية:

١ ـ الالتزام رابطة قانونية، وهذه الرابطة هي جوهر الالتزام، عكس ما جاء بالمشروع التمهيدي للقانون المصري بأنه حالة قانونية، حيث أن اعتبار الالتزم رابطة أوعلاقة قانونية يتلافى القطع برأي معين حول الأخذ بالمذهب الشخصي أوالمذهب المادي للالتزام(٣).

وهذه الرابطة ما هي إلا واجب قانوني، أي واجب يعتد به القانون ويرتب عليه أثراً، ويتمثل هذا الأثر في جواز إجبار الملتزم على تنفيذ التزامه إذا لم يقم بهذا التنفيذ اختيارا حيث يتحلل الالتزام في الواقع إلى عنصري

(١) توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، ١٩٩١م بند (٥)، العطار، المرجع السابق، ص٥.
(٢) الأشباه والنظائر، جـ٢ ص٢١١، حاشية الدسوقي جـ٣ ص١٨٤.
(٣) توفيق فرج، المرجع السابق، ص١٥.

المديونية والمسئولية. وبهذا يفترق الواجب القانوني عن الواجبات غير القانونية كواجب التعاون مع الأصدقاء ومشاركتهم في السراء والضراء[1].

٢ ـ الالتزام واجب يقع على شخص معين يسمى «المدين» حث لا يتصور وجود الالتزام إلا إذا وجد شخص معين يتحمل به، وهو بهذا يفترق عن الواجب العام، كواجب احترام حقوق الآخرين الذي يقع على عاتق الكافة.

أما من يتقرر الالتزام لمصلحته وهو ما يسمى «الدائن» فقد يوجد عند نشوء الالتزام ويتم تعيينه، وقد لا يتم كما هو الحال في الوعد بجائزة، حيث يوجد ـ في هذه الحالة ـ التزام على عاتق الواعد بالجائزة، ولكن لا يوجد دائن بهذا الالتزام وقت صدور الوعد، ولهذا أغفل التعريف ـ السابق ـ وجود الدائن عند نشوء الالتزام، للدلالة على أن الالتزام قد ينشأ بدون وجوده. ولهذا فإن وجود المدين وتعيينه شرط لنشوء الالتزام، أما وجود الدائن وتعيينه فلا يشترط إلا عند تنفيذ الالتزام[2].

٣ ـ محل الالتزام هو قيام المدين بأداء مالي، هذا الأداء قد يكون القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين، كالتزام البائع بتسليم المشتري، وامتناع التاجر عن منافسة تاجر آخر.

ومعنى الأداء المالي أي الأداء الذي يمكن تقويمه بالمال، فإذا لم يمكن تقويمه بالمال لم نكن بصدد التزام بالمعنى الفني في القانون المدني، بالرغم من أن ذلك لا ينفي عن الأداء بأنه واجب قانوني، فأداء الخدمة العسكرية واجب

---

(١) راجع الفرق بين الرابطة والواجب، المرجع السابق، ص١٩.

(٢) لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام ٧٦/ ١٩٧٧، ص٤.

قانوني ولكنه ليس التزامًا مدينًا لأنه لا يقوم بالنقود.

وكـون الأداء ماليًا لا يعني بالضـرورة أن تكون مصلحة الدائن في هذا الأداء مالية، فقد تكون المصلحة التي تعود عليه من الالتزام مصلحة أدبية أو معنوية، ورغم ذلك يعتبر الأداء ماليًا، إذ يمكن تقديره بمبلغ من النقود، ولهذا فإنه إذا أطلق لفظ الالتزام فإ فقهاء القانون يقصدون به الالتزام المالي دون غيره، ولهذا يعدون من مميزاته ما يلي:

أ ـ أنه عارض وقتي، حيث يزول بالوفاء أو ما يقوم مقامه.

ب ـ أنه يمثل الجانب السلبي بالنسبة للمدين لأنه عبارة عن قيمة مالية تنتقل من ذمة المدين المالية لصالح الدائنين.

جـ ـ أنه قابل للانتقال، حيث ينتقل بما يسمى «حوالة الدين».

وبديهي فإ هذه المميزات لا توجد في الالتزامات غير المالية، كالتزام الزوجة بطاعة زوجها ومساكنته، فهو التزام مستمر، وليس عارضًا أو وقتيًا، كما أنه ليس له قيمة مالية وغير قابل للانتقال[1].

والواقع أن حق الدائن المالي لا يرد مباشرة على أموال المدين أو على مال معين منها، ما لم يكن له حق التقدم والتتبع، وإنما يرد حق الدائن ـ في هذه الحالة ـ قبل المدين، حيث يستطيع الدائن الحصول على حقه من المدين اختيارا وإلا اتبع اجراءات التنفيذ جبرا عن طريق السلطة العامة.

---

(١) العطار، المرجع السابق، ص ٨٢٧.

٣ ـ الفكرة الشخصية والمادية للالتزام:

يتضح من تعريف الالتزام في الفقه القانوني بأنه يشتمل على طرفين هما: الدائن والمدين، كما أن له محل هو: الأداء الذي يلتزم به المدين قبل الدائن.

وإذا نظرنا إلى الالتزام من خلال طرفيه لتبين لنا أنه يقتضي وجود علاقة قانونية بين دائن ومدين، تجيز للدائن إجبار مدينة على الوفاء بالتزامه، وهذه هي الفكرة الشخصية للالتزام التي تغلب في الالتزام العنصر الشخصي. وتستلزم هذه الفكرة وجود دائن ومدين لقيام الالتزام، بحيث لا ينشأ الالتزام إلا إذا وجد طرفيه، وبالتالي لا تصح حوالة الدين من المدين إلى غيره؛ لأن علاقة المدين بالدائن علاقة شخصية كما لا تصح حوالة الحق لذات السبب، كما تجيز هذه النظرة أيضًا البحث في إرادة المدين للتأكد من أنها خالية من أية عيوب.

وتسمى هذه الفكرة بالنظرية الشخصية للالتزام، وهي فكرة قديمة قدم القانون الروماني، حيث نشأت في ظله وانتقلت بعد ذلك إلى القانون الفرنسي القديم، ثم سادت جل القوانين ذات النزعة اللاتينية ومنها القانون الفرنسي الحديث[1].

أما إذا نظرنا إلى الالتزام من خلال محله لتبين لنا أن الالتزام قيمة مالية أي أداء يتمثل في عمل أو الامتناع عن عمل يتعين على المدين القيام به

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ١٩٨٤، بند (١٠).

لمصلحة الدائن، وهذا الأداء هو الذي يحدد القيمة الاقتصادية للالتزام، ومن ثم أمكن تصور نشوء الالتزام رغم عدم وجود دائن أو عدم تعيينه، كما أمكن تصور بقاء الالتزام قائمًا رغم تغير أحد طرفيه أو كليهما. وهذه هي الفكرة المادية للالتزام، والتي تأخذ في الاعتبار محله بغض النظر عن طرفيه.

وقد نبتت جذور هذه الفكرة في ظل الفقه الألماني، ثم سادت بعد ذلك جل التشريعات الحديثة، ومنها القانون المصري إلى حد بعيد، وإن كان القانون المصري يأخذ بمزيج من الفكرة الشخصية والمادية للالتزام، فيشترط وجود المدين عند نشوء الالتزام والدائن عند تنفيذه، كما يشترط خلو الإرادة من عيوبها.. إلى آخر التطبيقات التي تفسرها النظرة الشخصية للالتزام، كما يجيز حوالة الحق وحوالة الدين، والاشتراط لمصلحة الغير، ونشوء الالتزام بالإرادة المنفردة إلى آخر التطبيقات التي تفسرها النظرة المادية للالتزام[1].

وجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي تسوده نزعة مادية ظاهرة، لا تقل عن تلك النزعة التي سادت القانون الألماني، حيث أن الاعتبار في الفقه الإسلامي هو محل الالتزام، حتى أنهم رأوا فيه مالا وإن كان حكما، أما طرفاه وهما الدائن والمدين فأهميتهما أقل بكثير وهذا ما حدا بفقهاء المسلمين إلى جواز نشوء الالتزام بالرغم من أن شخص الدائن لم يتعين بعد، كما هو الحال في الجعالة، وكذا جواز الالتزام بالإرادة المنفردة عمومًا، وأيضًا جواز انتقال الدين من المدين الأصلي إلى غيره عن طريق حوالة الدين، وإن كان

---

(١) العطار، المرجع السابق، بند (٤).

هناك تحفظ بالنسبة لحوالة الحق فيما عدا حالة الميراث والوصية على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[1] .

٤ ـ أنواع الالتزامات:

لما كان الالتزام عبارة عن واجب قانوني، فإن بعض الالتزامات قد تختلف عن بعضها الآخر، مما يترتب عليه اختلاف الأحكام المنظمة لها، ولذا توجد عدة أنواع للالتزامات تبعًا للزاوية التي ينظر إليها منها على النحو التالي:

أولاً: من حيث المصدر: أي من حيث الواقعة المنشئة للالتزام تنقسم الالتزامات إلي التزامات إرادية والتزامات غير إرادية، وذلك تبعًا لما إذا كان للإرادة دور في نشوء الالتزام من عدمه، فالالتزامات الإرادية هي تلك التي تنشأ عن إرادة كالعقد والإرادة المنفردة، والالتزامات الغير إرادية هي تلك التي تنشأ دون أن يكون للإرادة دخل فيها، كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، مع ملاحظة أن الالتزامات غير الإرادية في القانون هي الإلزام المقرر في الفقه الإسلامي[2] .

ثانيًا: من حيث المحل: تنقسم الالتزامات إلى التزام بإعطاء والتزام بعمل والتزام بالامتناع عن عمل؛ فالالتزام بإعطاء يقصد به الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه أو تعديله أو الغائه، كالتزام البائع بنقل الملكية للمشتري، والتزام

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: علي الخفيف، التصرف الإرادي والإرادة المنفردة، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢) محمد علي الفقي، دروس في نظرية الالتزام (مذكرات)، ص٦ .

المشتري بالوفاء بالثمن.

والالتزام بعمل عبارة عن عمل معين يقوم به المدين لمصلحة الدائن، دون أن يتضمن هذا العمل نقل حق عيني، كالتزام العامل في مواجهة رب العمل، والتزام المقاول بإقامة المبنى، ويسمى الالتزام بالعمل الالتزام الإيجابي.

وقد يتطلب الالتزام أن يمتنع المدين عن عمل معين كان يجوز له القيام به لولا وجود الالتزام، كالتزام التاجر بالامتناع عن منافسة تاجر آخر في ذات المكان، ويطلق على الالتزام بالامتناع عن العمل بالالتزام السلبي.

ثالثًا: من حيث الغاية من الالتزام: تنقسم الالتزامات إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية، فقد يكون الأداء المطلوب من المدين هو تحقيق نتيجة معينة كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، بحيث إذا تحققت النتيجة المرجوة، فإن المدين يكون قد وفى بالتزامه قبل الدائن، وهو هنا في المثال نقل ملكية المبيع إذا كان منقولا أو شهر البيع إذا كان عقاراً، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة فإن المدين لا يكون قد وفى بالتزامه ولو بذل كل ما في وسعه.

وقد يكون الأداء المطلوب من المدين هو بذل عناية أوجهد معين كالتزام المستأجر بالمحافظة على الشيء المؤجر، والتزام الطبيب بعلاج المريض، والتزام المحامي بالدفاع عن موكله. فهذه كلها التزامات لا يتطلب من ورائها تحقيق نتائج معينة، وإنما المقصود منها بذل جهد معين يتفاوت من التزام إلى اخر من بذل جهد معقول إلى بذل عناية خاصة، بل إن هذه العناية الخاصة قد

تكون عناية الشخص العادي وقد تكون عناية الرجل الحريص وهو ما عبر عنه بعض الفقهاء بقوله: «عناية رب الأسرة العاقل»[1]. فمثلاً يلتزم المستعير بالمحافظة على الشيء المعار له، وقد شدد المشرع المصري من هذا الالتزام (م٦٤١/ ١) لأنه ينتفع بالشيء المعار دون مقابل، ولذا فإن التزام المستعير في هذه الحالة من الممكن أن يطلق عليه التزام ببذل عناية رب الأسرة العاقل، وهو التزام يفوق التزام الرجل العادي في حين نجد أن التزام الوكيل تجاه الموكل هو التزام ببذل عناية الرجل المعتاد، ولهذا فإن المشرع المصري قد خفف من التزامه هذا خاصة إذا كانت بغير مقابل (م٧٠٤/ ١).

ولا يخفى على أحد أهمية هذا التقسيم للالتزامات والأثر المترتب عليه، ولمعرفة ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، فإنه يرجع إلى المصدر الذي أنشأه، فإن كان إراديًا، فالعبرة بما انصرفت إليه الإرادة المنشئة له.

وإن كان غير إرادي فإننا نرجع إلى النص الذي ترتب هذا الالتزام بموجبه[2].

رابعًا: من حيث الإجبار على التنفيذ: تنقسم الالتزامات إلى التزامات مدنية وأخرى طبيعية، فالالتزامات المدنية هي تلك الالتزامات التي يجتمع فيها عنصرا المديونية والمسئولية، ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على

---

(١) طلبة وهبة خطاب، المسئولية المدنية للمحامي، ١٩٨٦م.

(٢) إذا كان مصدر الالتزام في هذه الحالة هو الاتفاق فإنه يجوز للمتعاقدين في غير الحالات المنصوص عليها أن يتفقا على قدر من العناية يختلف عن مقدار العناية الواجبة طبقًا لأحكام المادة ٢٢١ مدني، إلا أنه لا يجوز أن يصل الاتفاق إلى حد الإعفاء من المسئولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم (م٢١٧/ ٢ مدني).

تنفيذها، إذا لم يقم بالتنفيذ طواعية، واختيارا، وهذا هوالوضع العادي في الالتزام.

أما الالتزامات الطبيعية فإنها التزامات قانونية ولكن لا يتحقق فيها إلا عنصر المديونية دون عنصر المسئولية، ولهذا لا يكون للدائن أن يجبر المدين على تنفيذها إذا لم يقم بالتنفيذ طواعية واختياراً، في حين يعتبر وفاء المدين بهذا الالتزام وفاء صحيحًا، ولا يعد تبرعًا باعتباره مدينًا بذلك، وليس له أن يسترد ما وفاه باختياره، ومن أمثلة الالتزام الطبيعي ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مدني من أنه «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي».

خامسًا: من حيث تعلق الالتزام بشخص المدين وعدم تعلقه به: تنقسم الالتزامات إلى التزامات شخصية أوعادية، والتزامات عينية، فالالتزامات الشخصية هي التي يلتزم فيها المدين شخصيًا، أي تكون ذمته المالية جميعها ضامنة للوفاء بالتزامه، وفي هذه الحالة يكون للدائن ضمان عام على أموال المدين.

أما الالتزامات العينية فهي الالتزامات التي لا يكون المدين فيها ملتزمًا بصفة شخصية في مجموع ذمته المالية، بل يكون ملتزمًا بصفته حائزاً لبعض الأشياء أو الأموال وفي حدود تلك الأشياء والأموال فقط.

وتتضح أهمية التقسيم في أن الالتزامات الشخصية يكون فيها أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بالتزاماته، في حين لا يضمن الوفاء بالالتزامات العينية سوى الشيء المخصص له فقط ولو لم يف ثمنه بكل الدين، كما لو

قام شخص بتخصيص عقار معين ضماناً للوفاء بدين المدين، فإنه لا يكون للدائن إلا التنفيذ على هذا العقار فقط، حتى ولو لم يف ثمنه بالدين كله؛ لأن الالتزام انصب عليه فقط دون بقية أمواله الأخرى، ولهذا يطلق عليه الالتزام العيني، أي الذي يتعلق بشيء معين.

٥ ـ أهمية نظرية الالتزام ومميزاتها:

لنظرية الالتزام أهمية بالغة في عالم القانون، فهي بالنسبة للقانون بصفة عامة وللقانون المدني بصفة خاصة بمثابة العمود الفقري في جسم الإنسان، ولا تقتصر أهميتها على القانون المدني فحسب بل تتعدى أهميتها إلى سائر فروع القانون الخاص كالقانون التجاري الذي يعتبر قانوناً للالتزامات، طورت قواعده لتناسب طائفة خاصة هي طائفة التجار، بل تعتبر نظرية الالتزام ـ إلى حد كبير ـ دعامة فروع القانون الأخرى، كالقانون الإداري والقانون الدولي، فالقانون الإداري حين ينظم العقود فإنه يتخذ من قواعد الالتزامات أساساً له، مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة العلاقات التي تنشأ بين الدولة والأفراد، ومثل ذلك أيضاً قواعد المسئولية التقصيرية ومبادئ الإثراء بلا سبب التي يرتكز عليها كثيراً فروع القانون العام.

وأهم ما تتميز به نظرية الالتزام أن القواعد التي تدخل في رحابها تتسم بشيء كبير من الثبات والاستقرار؛ لأنها لا تعني بالتفاصيل، وإنما تتناول الالتزامات في مجموعها كقواعد وأصول عامة، دون أن تعول على الجزئيات، وحظ الأسس العامة التي يقوم عليها أي نظام، من التطور

والتغيير أقل بالضرورة من حظ الجزئيات والتفاصيل[1] . وليس معنى ذلك أن قواعد نظرية الالتزام هي قواعد أبدية خالدة لا يلحقها التغيير، فجميع قواعد القانون، وبلا استثناء، لا ينبغي لها أن تكون ثابتة إلى الأبد - خاصة وأنهامن صنع البشر - وهذا ما يميز قواعد الفقه الإسلامي عن قواعد القانون الوضعي، حيث تعتمد الأولى على أصول ثابتة لا تتغير ولا تتبدل إلى أن تقوم الساعة؛ لأنها من صنع خالق البشر لا من صنع البشر الذين تختلف آراؤهم باختلاف الزمان والمكان.

٦ - بيان مصادر الالتزام:

يقصد بمصدر الالتزام سبب نشوئه أو الحدث الذي يترتب على وجوده، فهو الأصل الذي نبع منه الالتزام؛ لأن الالتزام أمر عرضي في حياة الأشخاص، فلابد من سبب ينشئه في ذمتهم.

وقد كانت مصادر الالتزام في بداية القانون الروماني ثلاثة هي: العقد، وبعض الجرائم، وأسباب أخرى مختلفة. ثم أصبحت في مدونة جستينان أربعة هي: العقد، وشبه العقد، والجريمة، وشبه الجريمة، ثم انتقلت هذه المصادر الأربعة إلى القانون الفرنسي القديم وأضيف مصدر خامس سمي بالأسباب الأخرى كالتزام الأب بالإنفاق على أولاده، وفي القانون الفرنسي الحديث سمي هذا المصدر الخامس بالقانون (م١٣٧٠ مدني فرنسي) غير أن هذه المصادر كانت محل نقد من حيث التسمية والمدلول، حتى جاء الفقيه الفرنسي جوسران Josserand وحددها بأربعة مصادر هي:

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، بند (٨).

١ ـ العمل القانوني، ويضم العقد والإرادة المنفدرة.

٢ ـ العمل غير المشروع (الفعل الضار) ويضم الجريمة وشبه الجريمة.

٣ ـ العمل المشروع أو الإثراء بلا سبب.

٤ ـ القانون.

ويمكن أن ترد هذه المصادر في الأصل إلى مصدرين هما: الإرادة والقانون، حيث يشمل المصدر الأول العقد والإرادة المنفردة، في حين يشمل القانون الإثراء بلا سبب والفعل الضار والقانون. ويمكن القول بأن الإرادة هي المصدر المباشر للالتزام في حين القانون هو المصدر المباشر للإلزام[١] في الفقه الإسلامي.

ويبدو أن الفقه المصري أخذ بذات المصادر التي أخذ بها القانون الفرنسي الحديث، حيث اعتبر مصادرالالتزام خمسة هي: العقد والإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب والعمل غيرالمشروع والقانون[٢].

وتلعب الإرادة دوراً كبيراً في تحديد هذه المصادر في القانون المصري وتقسيمها، ذلك أن الإرداة إما أن يكون لها دور في ترتيب الآثار القانونية أو لايكون، فإن كان للإرادة دور في ترتيب الآثار القانونية فهذه هي المصادر الإرادية، كالعقد والإرادة المنفردة، وإذا لم يكن للإرادة دور في ترتيب

(١) العطار، المرجع السابق، بند (١٣).

(٢) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ك١، ١٩٧٥، بند(٦)، محمود جمال الدين زكي، الوجيزفي مصادر الالتزام، جـ١، ط٢ (١٩٧٦)، بند (١٢، الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٦٩، بند (٢٨).

الآثار القانونية، فهذه هي المصادر غير الإرادية وهي العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، ويلاحظ أن المصادر الإرادية هي مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي في حين نجد أن المصادر غير الإرادية إنما هي مصادر الالزام في الفقه الإسلامي، حيث يفرق هذا الفقه بين الالتزام والإلزام على النحو السابق ذكره، في حين نجد أن هذه المصادر جميعًا - إرادية وغير إرادية - إنما هي مصادر الالتزام في الفقه القانوني؛ لأنه لا يعرف هذ التفرقة.

٧ - خطة البحث:

وفقًا لما اتبعه المشرع المصري في معالجة مصادر الالتزام، نمضي في دراستنا هذه على نفس المنهج، فنذكر مصادر الالتزام الخمسة كل في قسم مستقل، حيث نبدأ الكلام عن العقد، ثم الإرادة المنفردة، فالإثراء بلا سبب، فالعمل غير المشروع وأخيرًا القانون كمصدر من مصادر الالتزام.

* * *

القسم الأول

العقـــد

٨ ـ مقدمة في تعريف العقد وأساس قوته الملزمة :

أولاً : تعريف العقد :

يعرف العقد في الفقه القانوني بأنه «ارتباط إرادتين أوأكثر توافقتا على إحدا أثر يرتبه القانون»(١) ومعنى ذلك أن الإرادة هي قوام العقد في القانون، واتجاه الإرادة إلى الارتباط مع إرادة أخرى يعني رضا صاحب الإرادة عن هذا الإرتباط ، وبالتالي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وبهذا لا تعد الإرادة المنفردة ـ كالوعد بجائزة والوصية ـ عقداً .

كما أن توافق الإرادتين لابد وأن يكون بقصد إحداث أثر قانوني، فلو وجد هذا الاتفاق بين الارادتين لا بقصد إحداث أثر قانوني، فلا نكون أمام عقد؛ فدعوة صديق للغذاء وقبول الصديق لهذه الدعوة لايعتبرعقداً حيث لم يقصد من وراء هذا الاتفاق إحداث آثار قانونية، ولهذا لا توجد مسئولية إذا عدل الداعي أو تخلف المدعو، كما يجب أن يكون الاتفاق في ظل قواعد القانون الخاص، فاتفاق دولتين على أمر ما بقصد إحداث أثر قانوني لا يسمى

---

(١) لم يرد تعريف العقد في القانون المدني المصري، باعتبار أن التعريفات من صنع الفقه لا من وضع المشرع، وإن ورد في مشروع تنقيح القانون المدني المصري تعريف له (م١٢٢) ولكنه لم ينص عليه في القانون، ليتجنب المشرع التعريفات فيما لا ضرورة لتعريفه.

عقداً وإنما معاهدة، ويجب أخيراً أن يتم الاتفاق في دائرة المعاملات المالية فالزواج وإن كان اتفاق إرادتين في ظل قواعد القانون الخاص بقصد إحداث آثار قانونية، إلا أنه لا يخضع للقواعد المنظمة للعقود لخروج الرواج عن دائرة المعاملات المالية[1] .

هذا ويعرف العقد في الفقه الإسلامي بأنه «ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يحدث أثرًا شرعيًا في المحل المعقود عليه»[2] فعقد البيع مثلاً يرتبط فيه القبول بالإيجاب على وجه يثبت للمشتري الملك في المبيع، كما يثبت للبائع الحق في ثمن المبيع، وهذا هو الأثر الشرعي الوارد على المحل المعقود عليه.

ويتميز تعريف الفقه الإسلامي للعقد عن تعريفه في فقه القانون بأنه يبرز الجانب المادي للتراضي، وهوالإيجاب والقبول، وهو ما يميز الفقه الإسلامي بصفة عامة بنزعته المادية، كما يبين - كذلك - أين يكون الأثر الجوهري للعقد وهو في محله فهذا هو العقد كما يظهر في الوجود[3] .

ثانيًا : أساس القوة الملزمة للعقد :

ثارتساؤل بين الفقهاء في أساس القوة الملزمة للعقد، حيث أن كل التزام يستند في وجوده إلى القانون، وأن القانون هو الذي يرتب الالتزامات على المصادر المباشرة ومنها العقد، ومن هنا ثار التساؤل هل يستمد العقد قوته

---

(١) محمد الفقي، المرجع السابق، ص٢٠ ومابعدها، راجع بالتفصيل الفرق بين العقد والاتفاق، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، بند (٢٤).

(٢) حاشية الدسوقي، جـ٣، ص٥، م١٠٣، ١٠٤ من المجلة العدلية.

(٣) العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعاتالعربية، ك١، ١٩٧٥، ص٢٧.

الملزمة من القانون أم أن الإرادة هي التي تفرض نفسها حتى على المشرع.

في صدد الإجابة عن هذا التساؤل نجد أن هناك اتجاهين: أحدهما يغلب الإرادة ويجعلها أساس القوة الملزمة للعقد، وهو ما يعرف بمبدأ «سلطان الإرادة» وثانيهما يغلب النزعة الاشتراكية التي أخذت تتغلغل في ثنايا المجتمع الحديث، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

أ ـ مبدأ سلطان الإرادة:

يقصد بهذا المبدأ أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء الالتزام، فهي التي توجده، وهي التي تحدد الآثار المترتبة عليه، فالإرادة لها سلطان ذاتي أو قيمةذاتية لاتستمدها من القانون، ويقتصر دور القانون في هذه الحالة على الاعتراف بالأثر الملزم للعقد كما حدده إرادة أطراف التعاقد.

ولم يكن هذا المبدأ معروفًا في ظل القانون الروماني، الذي كان يتسم بالشكلية والجمود حتى بعد أن اعترف للإرادة بدور في إنشاء بعض العقود، فكان ذلك يتم استثناء لا أصلاً في ظل هذا القانون، ثم بدأ هذا المبدأ في الظهور في أوربا في العصور الوسطى تحت تأثير المبادئ الدينية التي وضعتها الكنيسة المسيحية، والتي أوجبت على المرء الوفاء بالعقود، فانتشر هذا المبدأ، وسادت الرضائية كثيراً من العقود ـ وأصبحت الرضائية هي الأصل في العصر الحديث، وكل قيد يحد منها إنما كان لعلة أرادها المشرع ولحكمة ابتغاها من وراء تقريره لبعض الشكليات التي تتسم بها بعض العقود، كما هوالحال في الهبة وبيع العقار.

ولا يخفى على ذي لب أن مبدأ الرضائية هذا هو الأساس في ظل الفقه

الإسلامي؛ فوفقًا لأحكام هذا الفقه لا يحتاج انعقاد العقد إلى شكل خاص. بل يكفي لانعقاده توافق الإرادتين باستثناء بعض العقود الخاصة وهي قليلة جدًا كعقد الزواج الذي يشترط فيه شكلاً معينًا يتمثل في الإشهاد عليه، والأصل في ذلك قول الله سبحانه وتعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض بينكم**﴾[1].

ويترتب على مبدأ سلطان الإرادة بهذا المعنى جملة من النتائج أهمها: أن الالتزامات الإرادية هي الأصل، فلا يلتزم الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته ووفقًا لمبدأ سلطان الإرادة كما أعطى هذا المبدأ للفرد حرية التعاقد، وأصبحت إرادة الإنسان وحدها كافية لإبرام العقد، وكافية أيضًا لتحديد الآثار التي تنتج عن هذا العقد، ما دام ذلك في حدود النظام العام والآداب كما ينتج أخيراً ـ عن هذا المبدأ ـ أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يلزمهما ما أقدما عليه من تعاقد، ولا يتحلل أحدهما من تنفيذ التزامه بإرادته المنفردة، وليس للقاضي أن ينفرد بإنهاء العقد أو تعديله؛ لأنه وفقًا لهذا المبدأ لا يملك التدخل فيه، وليس له إلا أن يقوم بتفسيره وفقًا لما انتواه أطراف التعاقد.

ب ـ النزعة الاشتراكية:

يلاحظ أن مبدأ سلطان الإرادة أخذ يتقلص ابتداء من القرن العشرين تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التي أخذت تسود المجتمع، ولذلك أخذت القيود تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة مستهدفة في ذلك أمرين: أحدهما: حماية الجانب الضعيف في التصرف القانوني، وذلك عن طريق الحد من

---

(١) سورة النساء، آية: (٢٩).

إرادة الجانب القوي بالشكل الذي يمنع تسلطه على الجانب الضعيف، كما هو الحال في عقد العمل، حيث يقيد القانون - إلى حد كبير - من حرية رب العمل في وضع شروط هذا العقد وإنهائه، وكذا عقود الإذعان التي يتدخل فيها القاضي لتعديل الشروط التعسفية فيها لمصلحة الطرف المذعن (م١٤٩ مدني).

ثانيهما: حماية مصلحة الجماعة، وذلك عن طريق الحد من دور الإرادة في ترتيب الآثار القانونية للتصرفات، كعدم نقل الملكية أوالحقوق العينية العقارية إلا بالتسجيل (م٩ من قانون الشهر العقاري). والهدف من هذا الإجراء هو إيجاد الثقة لغير المتعاقدين في التعامل على العقارات، واستقرار الأوضاع[1].

هذا وقد ترتب على الأخذ بالاتجاهات الاشتراكية أن اتسع نطاق الالتزامات غيرالإرادية التي تنشأ عن مصادر أخرى غير الإرادة، وبصفة خاصة العمل غير المشروع ونص القانون، حيث تطورت أحكام المسئولية التقصيرية، ولم تعد في ظل الاتجاهات الاشتراكية في حاجة إلى إثبات الخطأ في جانب المسئول، بعد أن كان ذلك أحد أركان المسئولية التقصيرية، يضاف إلى ذلك كثرة القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة، حيث اشترطت الرسمية في بعض العقود كهبة العقار، كما اشترط التسجيل في بعضها الاخر كنقل الملكية في العقار.

ويمكن القول بأن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد له وجود في الوقت الحاضر

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، بند (٢٧).

كما كان عليه في الماضي، فلم يعد مطلقًا وإنما ورد عليه كثير من القيود، جعلته يتعرض لهزة عنيفة كادت أن تودي به، غير أنه قد اجتاز هذه الأزمة وظهر من جديد بعد أن خلصه أنصاره من التجاوز، وأعادوا صياغته في حدود المعقول، حيث لم تصل القيود الواردة عليه إلى حد إهدار هذا المبدأ، مما يوحي بأننا نسير في اتجاه مبدأ آخر، هو مبدأ التصرف الموجه[1] الذي يقضي بأن القانون هو الذي يرسم للإرادة دائرة تتحرك فيها، فالإرادة حرة في إنشاء العلاقة القانونية، ولكن في حدود ما يرتبه القانون من آثار على هذه العلاقة، كما هو الحال في عقد العمل الذي يحدد القانون فيه التزامات وحقوق كل من العامل ورب العمل.

٩ ـ تقسيم:

بعد تعريف العقد وبيان أساس قوته الملزمة، نتناول هذا القسم في ثلاثة أبواب، نخصص الباب الأول منها لمعرفة مقومات العقد، ثم نتكلم عن آثار العقد وانتهائه في الباب الثاني، على أن نتحدث في الباب الثالث والأخير عن تقسيمات العقود وأهم أنواعها. وذلك على النحو التالي:ـ

---

(١) المرجع السابق.

الباب الأول
مقومات العقد

١٠ ـ تمهيد وتقسيم:

يتضح من تعريف العقد بأنه «إرتباط ارادتين توافقتا على إحداث أثر قانوني» أن الإرادة هي قوام العقد في فقه القانون، واتجاه الإرادة إلى الإرتباط مع إرادة أخرى يعني رضا صاحب هذه الإرادة عن هذا الإرتباط، فإذا كانت الإرادة الأخرى راضية عن هذا الإرتباط، فإن التراضي على عقد يتم، إذا توافقت الإرادتان على إحداث أثر قانوني معين، وهذا التوافق ينشئ إلتزامات لكل منها محل وسبب، كما أن للعقد ذاته محلاً وسبباً، هذا ويعتبر فقه القانون أن التراضي والمحل والسبب هي أركان العقد أو شروط انعقاده[1] وبالتالي فهي مقومات العقد.

ويلاحظ أن أركان العقد في الفقه الإسلامي عبارة عن الصيغة (الإيجاب والقبول) والعاقدان والمحل. ويقصد بالعاقدين أهلية كل منهما، كما يقصد بالمحل الشيء المعقود عليه، وعلى هذا فإن مقومات العقد في فقه القانون عبارة عن الرضا والمحل والسبب، وسوف نتناول هذه الأركان في ثلاثة فصول متتالية، ثم نتناول في فصل رابع وأخير جزاء الإخلال بهذه المقومات أ. هـ.

---

(١) هناك من لا يعتبر السبب ركناً في العقد، وإنما هو ركن في الإلتزام، لأنه خارج عن ماهيه العقد، وهناك من يعتبر المحل والسبب ركنين في الالتزام لا في العقد، والراجح أن هذا الخلاف لا ينال من حقيقة لا شك فيها وهي أن أركان العقد في القانون المعاصر عامة وفي القانون المدني بصفة خاصة هي الرضا والمحل والسبب، إلى جانب الشكلية في بعض العقود التي ينص عليها المشرع (راجع: العطار، المرجع السابق، بند ١٨، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، بند ٣٩، محمد الفقي، المرجع السابق، بند ٢٠).

الفصل الأول

الرضـا (التراضي)

١١ - تمهيد وتقسيم:

عرفنا أن الإرادة هي قوام العقد، وبدونها لا ينشأ، ولذا كانت ركنًا من أركانه، غير أن هذه الإرادة لابد وأن يكون لها مقومات تظهر من خلالها، وفي الوقت ذاته لابد وأن تكون صحيحة لا يعتريها شك أو عيب، ولهذا فسوف نفصل القول في ركن العقد الأول في مقومات التراضي من ناحية وفي صحته من ناحية أخرى وسوف نتناول كل منهما في مبحث مستقل.

المبحث الأول

مقومات التراضي

١٢ - تمهيد وتقسيم:

يقصد بالتراضي أن يوجد الرضا من المتعاقدين على أمر معين، والرضا هو إرادة أمرعن إدراك له وقصد إليه[1].

ولكي يتم الرضا على وجه صحيح، لابد من إظهاره إلى حيز الوجود،

---

(١) العطار، المرجع السابق، بند (١٩).

ولا يتم ذلك إلا بالتعبيرعنه، وإذا ما صدر التعبير عن الإرادة من أحد أطراف التعاقد، فلا يتم العقد إلا إذا وافق التعبير الآخر التعبير الأول، فلابد إذن من توافق التعبيرين، وقد يحدث التعبير عن الإرادة وموافقتهما بالإرادة الأخرى كمراحل تمهيدية لإبرام العقد، على أن يتم العقد بعد بحث كافة شروطه من جانب أطرافه، وأخيراً قد يصدر التعبير من شخص لا ينوي التعاقد لنفسه وإنما ينتويه لغيره، فيكون ـ في هذا العقد ـ نائبًا عن هذا الغير.

ولهذا فإننا سنتناول هذه المقومات من خلال بحث هذه النقاط، وهي التعبير عن الإرادة، توافق الإرادتين، المراحل التمهيدية للعقد، وأخيراً النيابة في التعاقد، وذلك في مطالب متتالية.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة:

١٣ ـ الإرادة مسألة نفسية، لا أثر لها ما بقيت كامنة في النفس، فلا يكفي أن توجد الإرادة وتظل في العالم الداخلي للنفس، ولكن لابد من ظهورها إلى العالم الخارجي، ولذا وجب التعبيرعنها لكي يعتد بها القانون، إذ الأصل أن القانون لا يهتم بمجرد النوايا الداخلية ولايرتب عليها أية آثار[1]، فالتعبير عن الإرادة هو المظهر الخارجي المحسوس للإرادة الكامنة في النفس، ومن ثم فالتعبير عن الإرادة هو الإعلان عن وجودها واتجاهها لإحداث آثار قانونية معينة، وضرورة التعبير عن الإرادة هذا هومايتفق مع أحكام الفقه الإسلامي الذي يتطلب التعبير عما يختلف في نفس المتعاقد[2].

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، بند (٤٥)، توفيج فرج، بند (٥٧)، انظر: (م٨٩مدني).

(٢) يقول ابن تيمية في مختصر الفتاوي الهندية (ص٥٤٧): «إذا نوى (رجل) طلاق زوجته، لم يقع الطلاق بمجرد النية باتفاق العلماء».

ولكن ما هي طرق التعبير عن الإرادة؟ وما الحكم إذا اختلف التعبير عن الإرادة الحقيقية للشخص، ومتى ينتج التعبير عن الإرادة أثره، وما هو أثر الموت أو فقد الأهلية عليه؟

يمكن الإجابة عن هذه التساؤلات في النقاط التالية:

١٤ ـ كيفية التعبير عن الإرادة:

القاعدة أنه لا توجد طريقة خاصة للتعبيربها عن الإرادة، فللشخص أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تحلو له، وليس ذلك إلاتطبيقًا لمبدأ رضائية العقود غير أنه يمكن القول بأن التعبيرعن الإرادة يمكن أن يكون صريحًا، كما يمكن أن يكون ضمنًا[١] .

فالتعبير الصريح: هو الذي يراد به الإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة، حسب المألوف بين الناس، ويكون ذلك باللفظ الذي يعبر عن المعنى المراد، سواء كان مباشرًا أو بواسطة «المسرة» أو عن طريق إرسال رسول ناقل للتعبير، وقد يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة، أيًا كانت هذه الكتابة رسمية أوغير رسمية، وكثيرًا ما تستعمل الكتابة للتعبير عن الإرادة بين الغائبين عن طريق المراسلة. واللفظ والكتابة هما الوسيلتان الأكثر شيوعًا في التعبير عن الإرادة، وقد يكون التعبير عن الإرادة عن طريق الإعلان أوالنشر، كما قد تكون الإشارة المتداولة عرفًا تعبيرًا عن الإرادة، كهز الرأس، أواليد، فالإشارة الشائعة يصح بها التعبير عن الإرادة ولو من غير الأخرس، إلى جانب ذلك فقد يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال

(١) م ٩٠ مدني.

شكًا في دلالته على حقيقة المقصود كوقوف سيارات الأجرة ذات الأسعار المحددة في الأماكن المخصصة لها، مما يعد عرضًا صريحًا للجمهور[1].

أما التعبير الضمني: فهو الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، أي بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الناس، وإنما يمكن أن يستنبط منها التعبير عن الإرادة من ظروف الحال[2].

مثال ذلك: بقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتفعًا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر دون اعتراض منه، إذ ينطوي هذا على إيجاب ضمني من المستأجر بتجديد الإيجار وقبول ضمني من المؤجر به، فينعقد بينهما عقد إيجار جديد بإرادتين ضمنيتين (م٥٩٩) وهو ما يسمى بالتجديد الضمني للإيجار.

والأصل أنه لا فرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني، فكل منهما يكفي للتعبير عن الإرادة، ولكن قد ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صريحًا، ففي هذه الحالة لا يكفي التعبير الضمني، من ذلك أن القانون اشترط القبول الصريح من المؤجر في حالة التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، حتى تبرأ ذمة المستأجر

ويتخذ التعبير عن الإرادة - صريحًا أو ضمنيًا - موقفًا إيجابيًا، في حين

---

(١) وجد خلاف بالنسبة لهذا الفرض وما إذا كان التعبير فيه صريحًا أو ضمنيًا، والراجح من هذا الخلاف أنه صريح (الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٠٥)، عكس الاتجاه السائد في الفقه والقضاء في فرنسا حيث جعل هذا الفرض من التعبير الضمني (نقض فرنسي ٢/ ١٢/ ١٩٦٩ داللوز ١٩٧٠ - ١٠٤) مشار إليه في توفيق فرج، ص٨١ هامش ١١).

(٢) السنهوري، جـ١ بند (٧٦).

يعد السكوت موقفًا سلبيًا، فهل يصلح أن يكون السكوت تعبيراً عن الإرادة.

١٥ ـ مدى صلاحية السكوت للتعبيرعن الإرادة:

لا يقصد بالسكوت هنا مجرد الامتناع عن الكلام، وإنما يقصد به اتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة، والفرق واضح بين المعنيين، إذ المعنى الأول وضع سلبي بخلاف المعنى الثاني فهو موقف إيجابي ولو كان صاحبه صامتًا.

والحقيقة أن السكوت لا يصلح بحثه في جانب الإيجاب، على اعتبار أن الإيجاب إنما ينطوي على عرض موجه من أحد الطرفين، وبالتالي لا يصلح السكوت إيجابًا، ولكن هل يصلح أن يكون قبولاً؟

الأصل في هذا أن السكوت مجرداً لا يصلح تعبيراً عن القبول، ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية التي قررها الإمام الشافعي «لا ينسب لساكت قول»[١].

على أن عدم اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول إنما تقتضيه ضرورة عملية، ذلك أن القول بجواز استخلاص القبول من مجرد السكوت يعني فرض واجب على الشخص بأن يفصح عن رفض ما لا يحلو له من إيجاب وجه إليه، وإلا اعتبر قابلاً له، وفي هذا عنت واضح وتقييد للحرية الشخصية ليس له مقتضى[٢].

(١) رسالة وحيد الدين سوار، ص٢٦٥، (بند (٢٦٥).

(٢) اسماعيل غانم، بند (٥١).

ولكن استثناء من هذا الأصل يعتبرالسكوت قبولا إذا لابسته ظروف معينة يؤخذ منها أن الموجب لا يتوقع أن يصله رد القبول، وإنما يتوقع أن يصله الرد فقط في حالة الرفض، وهذا ما يطلق عليه «السكوت الملابس» وهو ما تعبرعنه القاعدة الشرعية القائلة بأن «السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان».

ولايمكن حصرحالات السكوت الملابس، وإنما يستخلصه قاضي الموضوع من الظروف المحيطة دون رقابة عليه من محكمة النقض، ومعيارالسكوت الملابس للظروف معيارموضوعي لا شخصي وهو أن تدل الظروف على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحًا بالقبول، وقد عبر عن هذا المعياربوضوح نص المادة ٩٨ من المدني[١].

وقد يفرض القانون أوالاتفاق على الشخص أن يتكلم أو أن يعبرعن إرادته باتخاذ موقف إيجابي إذا كان لا يرغب في التعاقد، وفي هذه الحالةإذا سكت الشخص فإن سكوته يعتبر قبولاً، ويسمى السكوت في مثل هذه الحالات بالسكوت الموصوف؛ لأن القانون أوالاتفاق هوالذي رجح دلالة القبول على دلالة الرفض[٢] ومن أمثلة ما نص عليه القانون، البيع بشرط

(١) تنص المادة ٩٨ مدني على أنه «إذا كانت طبيعة المعاملة أوالعرف التجاري أوغيرذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحًا بالقبول، فإن العقد يعتبر قدتم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذاالتعامل أوإذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه».

(٢) لبيب شنب، بند (٧٠).

التجربة[1] ومن أمثلة ما يقضي به الاتفاق، ما لو اتفق شخصان على بيع شيء معين على أن المالك سوف يرسل إلى راغب الشراء بالشروط التي يقبل بها البيع بصفة نهائية، وأنه إذالم يرد راغب الشراء خلال مدة معينة بالرفض اعتبر سكوته قبولاً.

١٦ ـ الاختلاف بين التعبيروالإرادة الحقيقية:

إذا اتفق التعبير عن الإرادة مع الإرادة الحقيقية فإنه يجوز الأخذ بأي منهما حيث لا صعوبة وإنما تكمن الصعوبة في حالةاختلاف التعبير عن الإرادة الحقيقية وهل يؤخذ بالإرادة الظاهرة (المعبرعنها) أم بالإرادة الحقيقية (الباطنة).

ينهض للأخذ بالإرادة الظاهرة اعتبارعملي هووجوب استقرارالتعامل؛ لأن المتعاقد يعول على تعبيرالمتعاقد الآخرمعه ويعتبره كاشفًا عن إرادته، وهومايسمى بنظرية الإرادة الظاهرة، ويأخذ بهذه النظرية القوانين الجرمانية وعلى الأخص القانون الألماني.

وينهض للأخذ بالإرادة الباطنة (الحقيقية) أن التعبيرعن الإرادة ليس إلا وسيلة للكشف عنها، وبالتالي لاعبرة بهذاالتعبير إذا لم يكشف عن الإرادة الحقيقية، فالإرادة الباطنةهي التي يجب التعويل عليها، وهوما يسمي بنظرية الإرادة الباطنة، وتأخذ بها القوانين اللاتينيةوعلى الأخص القانوني الفرنسي.

---

(١) م ٤٢١/١ مدني.

ورغم الاختلاف النظري بين النظريتين، فإن الفرق بينهما من الناحية العملية ضئيل جداً، حيث لايظهر هذا الفرق إلا إذا قام الدليل على ما يخالف التعبير، وقليل ما يتيسر هذا الدليل، ومن الناحيةالقانونية لا نجد تشريعًا يأخذ بإحدى النظريتين بصورة مطلقة، بينما يغفل الأخرى إغفالاً تامًا، وإنما نجد معظم التشريعات تأخذ بمزيج من النظريتين.

أماالقانون المصري فيأخذ بالإرادة الباطنة التي يمكن التعرف عليها، ولهذا لايعتد بعبارة الهازل بالعقد الصوري ولا بالتعبيرالمقترن بتحفظ ذهني، شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي. ومع ذلك فإنه لايعتد بهابصفةمطلقة وإنما يعتد بالإرادة الظاهرة في بعض الأحيان حتى يخفف من نتائج الأخذ بالإرادة الباطنة وبالقدرالذي يقتضيه استقرارالمعاملات، من ذلك ما يقضي به القانون من أنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين»[١].

١٧ ـ الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره:

التعبير عن الإرادة إما أن يكتمل وجوده القانوني بمجرد صدوره أولاً، فإن اكتمل وجوده القانوني بمجرد صدوره فإنه يرتب آثاره فور صدوره، وهذا هو التعبير بالإرادة المنفردة، كما في الوصية، وهوتعبير لا يجب فيه التسليم، أماالتعبيرالذي لا يكتمل وجوده بمجرد صدوره، فإنه لا ينتج أية آثار قبل هذا الاكتمال، وهو لايكتمل إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وبالتالي لا يترتب عليه أثره إلا إذا علم به شخص معين، ويسمى التعبير في

(١) م ١٥٠/ ١ مدني.

هذه الحالة بالتعبير واجب التسليم[1].

وتعتبر التعبيرات التعاقدية تعبيرات واجبة التسليم، وبالتالي فإن هذا التعبير لا ينتج أثره، سواء كان إيجابًا أم قبولاً، إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وكذلك التعبيرات الأخرى التي توجه إلى شخص معين، كما هو الحال في الوعد بجائزة، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ولكنها قرينة غير قاطعة، فيجوز أن يقام الدليل على أن من وجه إليه التعبير لم يعلم به، بالرغم من وصوله إليه، وبالتالي لايكون له وجود قانوني، وإن كان له وجود فعلي[2].

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابًا، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، والأثر هنا هوصلاحية الإيجاب لأن يقترن به القبول. وكذا إذا كان التعبيرقبولاً، فإن أثره يتحقق منذ لحظة وصوله إلى علم الموجب، وبالتالي ينعقد العقد، ويستطيع الموجب أن يعدل عن إيجابه حتى بعد أن ينتج الإيجاب أثره، بشرط أن يتم هذا العدول قبل وصول القبول إليه، إن لم يكن للقبول ميعاد معين، فإن كان له ميعاد، التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أومن طبيعة المعاملة[3].

كما يستطيع القابل أن يعدل عن قبوله قبل أن يصل هذا القبول إلى علم

(١) محمد الفقي، بند (٢٩).
(٢) إسماعيل غانم، بند (٥٣).
(٣) م ٩٣ مدني.

الموجب، وبالتالي لا ينعقد العقد إذا تم هذا العدول، أما بعد وصول القبول إلى علم الموجب فإنه يمتنع على القابل أن يرجع فيه، لأن العقد يكون قد تم حينئذ فيرتبط القبول بالإيجاب.

١٨ ـ أثر الموت أوفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة:

يكون للتعبير عن الإرادة وجود فعلي في وقت صدوره من صاحبه، وهذا الوجود الفعلي يبقى حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته.

وطبقًا لنص القانون المدني[١] فإنه إذا كان من صدر منه التعبير عن الإرادة هو الموجب ثم مات أو فقد أهليته، فإما أن يكون الإيجاب قد وصل إلى علم من وجه إليه أولا، فإن لم يكن قد وصل، فلايقترن به قبول؛ لأن القبول الصادر في هذه الحالة يكون خاليًا من إيجاب لموت صاحبه أو فقد أهليته، وبالتالي لاينعقد العقد[٢]، وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره؛ لأن ورثة الموجب يحلون محله في العلم بالقبول وبالتالي ينعقد العقد إذا ما اتصل به القبول[٣].

أما إذا كان من صدر منه التعبير عن الإرادة هوالقابل، ثم مات أو فقد أهليته قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب، فإن القبول لا يسقط وينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم الموجب، وبالتالي ينعقد العقد، إلا إذا اتضح من

---

(١) م ٩٢ مدني.
(٢) السنهوري، جـ١، بند (٨٢).
(٣) سليمان مرقس، بند (٦٧). الصدة، بند (٧٩). إسماعيل غانم، بند (٥٤).

الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخصية القابل محل اعتبار، كأن يكون فنانًا أو رسامًا، فإن العقد في هذه الحالة لا يتم.

المطلب الثاني: الاتفاقي بين الإرادتين:

١٩ - يعني توافق الإرادتين أن يقترن الإيجاب بقبول مطابق له، لأنه يلزم لقيام العقد أن يصدر تعبير عن الإرادة يتضمن عرضا من أحد المتعاقدين يسمى «إيجابًا»، وأن يصدر تعبير يقابله من المتعاقد الآخر يسمى «قبولا»، وأن يكون القبول مطابقًا للإيجاب، فيقترن القبول بالإيجاب ويتم العقد.

ولهذا نعرض أولاً للإيجاب ثم للقبول، ثم لتطابق القبول للإيجاب، ثم نعرض أخيرًا لصور خاصة للقبول:

أولاً: الإيجاب:

٢٠ - تعريفه وشروطه:

الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة أحد طرفي التعاقد موجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني معين، ولما كان الإيجاب - على هذا النحو - تعبيرًا عن الإرادة، فلابد أن يتوافر فيه شروط الإرادة من حيث وجودها، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عنها ويجب كذلك أن يشتمل على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فالإيجاب في عقد البيع لابد وأن يكون مشتملاً على تحديد المبيع وتحديد الثمن[1].

أما إذا كان التعبير غير مشتمل على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد

(١) منصور مصطفى منصور، مصادرالالتزامات، ص٣٤ وما بعدها.

إبرامه فيسمى التعبير في هذه الحالة دعوة إلى التفاوض، فمثلاً إذا عرض التاجر بضاعته ووضع عليها الثمن فإن هذا يعد إيجابًا، أما إذا عرض البضاعة فقط دون أن يحدد ثمنها فإن هذا يعد دعوة إلى التفاوض.

٢١ - ويفترق الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض في أن الإيجاب يشتمل على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بخلاف الدعوة إلى التفاوض فلا تشتمل على ذلك. وأيضًا فإن الإيجاب إذا صادف قبولاً مطابقًا له فإن العقد ينعقد. أما الدعوة إلى التفاوض فلا تؤدي إلى ذلك ولو صادفت قبولا[١]، إذ القبول في هذه الحالة يعد إيجابًا في حاجة إلى قبول مطابق له. وأخيرًا لا يجوز لموجب أن يرجع عن إيجابه إذا اقترن به القبول وكان الإيجاب ملزمًا، بخلاف الدعوة إلى التفاوض فإنه يجوز للداعي الرجوع عن هذه الدعوة، إلا إذا كان قد سبب ضررًا للغير نتيجة خطأ منه، ففي هذه الحالة يلتزم بالتعويض طبقًا لقواعد المسئولية التقصيرية لا العقدية[٢].

وإذا تعدى التعبيردورالمفاوضات وأصبح تعبيرًا باتًا، فإن التعبير في هذه الحالة يعد إيجاباً، ووصول التعبير إلى هذا الدورالنهائي هومن مسائل الواقع التي يفصل فيها قاضي الموضوع طبقًا لظروف كل قضية، ولايخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض[٣].

---

(١) العطار، بند (٢٤).

(٢) عبد الخالق حسن أحمد، دروس في مصادر الالتزام، ١٩٨٤، ص٣٧.

(٣) السنهوري، جـ١، بند (١٠٢).

٢٢ ـ القوة الملزمة للإيجاب:

قد يكون الإيجاب ملزمًا وقد يكون غير ملزم. والإيجاب الملزم هو الذي لايجوز للموجب أن يرجع عنه خلال المدة المحددة للقبول، ويكون الإيجاب ملزمًا صراحة إذا اقترن بمدة صريحة أو ضمنية للقبول، وهذا ما نص عليه القانون المدني بقوله «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا المعياد وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة» (م٩٣).

ويكون الإيجاب ملزمًا ضمنًا إذا فهم هذا الإلزام من ظروف التعاقد، كأن يكون الإيجاب موجهًا إلى غائب، إذ يستفاد من ظروف التعاقد أن الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه طيلة المدة التي يصل فيها إيجابه إلي من وجه إليه، ووصول رد الموجب له إلى الموجب، مضافًا إليها فترة زمنية مناسبة ليتدبر الموجب له أمره بقبول الإيجاب أو رفضه[1].

أما الإيجاب غير الملزم فهو الذي يجوز للموجب فيه أن يرجع عنه ما لم يقترن به قبول، ويكون كذلك إذا لم يحدد مدة معينة لهذا القبول، يستوي أن يكون المتعاقدان حاضرين أوغائبين طالما لم يتم تحديد مدة معينة[2].

والراجح أن الإرادة المنفردة للموجب هي أساس القوة الملزمة للإيجاب، فالموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه إذا حدد موعدًا لقبوله صراحة أوضمنًا لأنه أراد ذلك وبالتالي لايجوزله الرجوع عنه، وإن رجع عنه في هذه الحالة

---

(١) لبيب شنب، بند (٨٢).
(٢) م ٩٤ مدني.

لا يعتد بهذا الرجوع بحيث إذا اقترن به قبول بعد الرجوع انعقد به العقد.

٢٣ - أثر الإيجاب:

يترتب على علم الموجب له بالإيجاب صلاحيته لأن يقترن به قبول مطابق، فينعقد العقد بهذا الاقتران، ويظل هذا الأثر موجودًا ما دام الإيجاب قائمًا لم يسقط، فإذا سقط الإيجاب لم يعد له وجود، وبالتالي فإن القبول الصادر بعد سقوطه، لا ينعقد به العقد.

ويسقط الإيجاب في الحالات الآتية:

١ - بالرجوع عنه إذا كان غير ملزم.

٢ - إذا لم يتحقق الشرط المعلق عليه، إذا كان معلقًا على شرط واقف.

٣ - إذا انفض مجلس العقد بين الحاضرين دون أن يقترن به قبول مطابق له[١].

٤ - إذا انقضت المدة المحددة للقبول صراحة أو ضمنًا دون أن يصادف قبولاً مطابقًا له.

٥ - إذا رفضه من وجه إليه صراحة أو ضمنًا ولو لم تنته المدة المحددة له.

ثانيًا: القبول:

٢٤ تعريفه وشروطه:

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الموجه إليه الإيجاب، فهو

(١) م ٩٤/ ١ مدني.

الإرادة الثانية في العقد، وهوالشق الثاني والذي بانضمامه إلى الإيجاب ينعقد العقد(١) ويشترط في القبول لكي ينعقد به العقد الشروط التالية:

١ ـ شرط الإرادة؛ لأن القبول تعبيراً عنها، لذا وجب توافرشروطها، وهي وجود الإرادة، والتعبير عنها، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين.

٢ ـ أن يصدرالقبول أثناء قيام الإيجاب، فإذا صدر بعد سقوطه فلا ينعقد العقد، وإنما يعد إيجابًا جديدًا يحتاج إلى قبول.

٣ ـ أن يكون القبول مطابقًا للإيجاب مطابقة تامة، أي في جميع ما يتناوله الإيجاب، سواء في ذلك المسائل الجوهرية أو المسائل الثانوية للعقد(٢) وهذا ما سنعرض له تفصيلاً في الفرض ثالثًا.

٤ ـ اتصال القبول بعلم الموجب؛ لأنه كالإيجاب واجب التسليم أو الاتصال كقاعدة عامة

٢٥ ـ حرية القبول:

الأصل أن من وجه إليه الإيجاب له الحرية الكاملة في قبوله أو رفضه، ولا يتحتم عليه القبول. لكن هذه الحرية ليست مطلقة في جميع الأحوال، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض، وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه، إذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع.

---

(١) عبد الخالق خسن، ص ٤٠

(٢) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام جـ١، بند (٤٨).

فأصحاب الفنادق والمطاعم وأرباب الصناعات حينما يوجهون دعواهم إلى الجمهور عن طريق النشر والاعلان، فإن هذا العرض من جانبهم دعوة إلى التفاوض لا إيجابا، فإذا استجاب لهذه الدعوة أحد من الناس، كانت هذه الاستجابة إيجابا لا يحق لصاحب الدعوة أن يرفضه لسبب غير مشروع، وإلا كان متعسفا في هذا الفرض، ويسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية[1].

ثالثا : مطابقة القبول للإيجاب :

٢٦ ـ لكي ينعقد العقد لابد وأن يكون القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة

وهذا ما نص عليه القانون المدني حيث يقضي بأنه «إذا إقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا». (م ٩٦).

فالقبول يجب ألا يعدل في الإيجاب بالزيادة ولا بالنقص وإلا أعتبر رفضا للإيجاب. وبالتالي يسقط الإيجاب ويعتبر القبول إيجابا جديدا إذا قبله من وجه إليه انعقد العقد.

وليس من الضروري لكي ينعقد العقد الاتفاق على المسائل المتعلقة بالعقد وإنما يكفي الاتفاق على المسائل الجوهرية على نحو ما نصت عليه المادة ٩٥

---

(١) عبد الخالق حسن، ص ٤٢.

من القانون المدني الحالي[1].

ويلاحظ أنه إذا كان الايجاب مشتملا على العناصر الجوهرية للعقد وغير الجوهرية، ففي هذه الحالة يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة حتى في المسائل غير الجوهرية التي اشتمل عليها الايجاب، فإذا كان القبول يعدل منها، فإن العقد لا ينعقد، ففي عقد البيع مثلا: إذا تم الإتفاق على المبيع والثمن ومكان التسليم وزمانه. فإن القبول لا يكون مطابقا للإيجاب إذا أغفل المكان والزمان الواردان في الإيجاب، بالرغم من أنهما ليسا من المسائل الجوهرية لعقد البيع، وبالتالي لا ينعقد العقد.

رابعا: صور خاصة للقبول:

٢٧ ـ القبول في عقود المزايدة:

تقضي المادة ٩٩ من القانون المدني بأنه «لايتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا».

ومعنى هذا أن طرح الصفقة للمزايدة إنما يعد دعوة إلى التفاوض، والتقدم بعطاء يعتبر إيجابا. ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان العطاء الثاني باطلا.

وأساس ذلك أن العطاء هو إيجاب ملزم لمدة التقدم بعطاء آخر يزيد عليه، ولما كان كل عطاء لاحق يفترض من جانب المكلف بالمزايدة رفضا للعطاء السابق، فإن العطاء السابق يسقط بالعطاء اللاحق ولو كان باطلا،

(١) محمد الفقي، بند (٣٧).

كأن يكون صادرا من قاصر أو محجور عليه[1] .

أما القبول في عقود المزاد فهو رسو المزاد.

٢٨ ـ القبول في عقود الإذعان :

عقد الإذعان هو العقد الذي يذعن فيه القابل بالشروط التي يفرضها عليه الموجب دون مناقشة، أي يسلم بها ويقبلها برمتها. ويحدث هذا في سلعة أو مرفق ضروري محل إحتكار قانوني أو فعلي، كعقد إدخال الكهرباء أو عقد التأمين.

ففي هذه العقود لا يملك الطرف القابل مناقشة شروط الطرف الموجب وإنما ليس أمامه إلا الإذعان لها وقبولها إذا أراد التعاقد. ويتم التعاقد في عقود الإذعان بإيجاب وقبول. أما الإيجاب فهو عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور وفق الشروط التي يضعها الموجب، وهذا الإيجاب دائم ومستمر، وبالتالي يستطيع أي شخص أن يقبله في أي وقت.

أما القبول فهو الرضا بالتعاقد على أساس الشروط التي وضعها الموجب فهو تسليم وإذعان لهذه اشروط دون مناقشة لها[2] .

ونظرا لإقتصار القبول على التسليم بشروط المتعاقد الآخر، نجد أن المشرع المصري تدخل لحماية الطرف المذعن فنص على إنه عند الشك يفسر الشرط الغامض لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا[3] ، بالرغم من أن

---

(١) عبد الخالق حسن، ص ٤٣.

(٢) م ١٠٠ مدني.

(٣) م ١٥١ / ٢ مدني.

القاعدة العامة هي أن يفسر الشك لصالح المدين.

كما أجاز القانون للقاضي أن يعدل أية شروط تعسفية قد يتضمنها عقد الإذعان أو أن يلغيها لمصلحة الطرف المذعن وجعل المشرع هذا الحكم من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفه[١] .

٢٩ ـ إقتران القبول بالإيجاب:

لا يكفي حصول التطابق بين الإيجاب والقبول لكي ينعقد العقد، بل لابد من إرتباط أحدهما بالآخر. وهذا لا يكون إلا إذا إتصل القبول بعلم الموجب، ما دام الإيجاب باقيا، ويحصل هذا الإرتباط عملا في أحدى ثلاث صور. لإنه أما أن يحصل في مجلس العقد، أو عن طريق المراسلة، أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه، ونتناول هذه الصور فيما يلي :

٣٠ ـ (أ) إتحاد مجلس العقد (التعاقد بين الحاضرين)

مجلس العقد هو إصطلاح شرعي قال به فقهاء المسلمين، وأخذ به القانون المدني المصري[٢] ، وهو يعني إجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع كل منهما كلام الآخر مباشرة، وهو يبدأ بالإيجاب، وينتهي بأحد أمرين: أما الرد على الإيجاب ، بالقبول فينعقد العقد، أو الرفض فيزول الإيجاب، وأما أن ينفض المجلس من غير رد على الإيجاب، حيث يعتبر الإيجاب هنا مرفوضا حكما[٣] .

---

(١) م١٤٩ مدني.

(٢) م ٩٤/ ١ مدني.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ، بند (٦٩).

وعن الأمر الأول وهو الرد على الإيجاب، فإنه لا تثور أية مشكلة إذا ما كان القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة حيث ينعقد العقد، أما إذا كان القبول غير مطابقا للإيجاب، أو كان الرد رفضا للإيجاب فلا ينعقد العقد.

أما الأمر الثاني وهو إنفضاض المجلس ، فإنه يثور التساؤل عن الوقت الذي ينفض فيه، و الحقيقة أن مجلس العقد ينفض إذا تفرق كل من المتعاقدين بأبدانهما وبالتالي ينتهي اشتغالهما بالتعاقد، كما قد ينفض مجلس التعاقد ولو لم يتفرق أحدهما عن الآخر بأبدانهما، بل ظلا في مكان واحد، ولكن يبدو من أحدهما إعراض عن التعاقد قبل أن ينفض المجلس، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد، لأن الاعراض عن التعاقد يعني أنهما غير مشتغلين به، وهذا الإعراض قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا (م ٩٤ مدني) [١] .

هذا ويقوم مجلس العقد في الفقة الإسلامي على وحدة الزمان والمكان ، ومفاد ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة وهو ما يسمى بوحدة المجلس [٢] .

٣١ ـ (ب) التعاقد بالمراسلة (التعاقد بين الغائبين)

يتم التعاقد بين الغائبين بإحدى وسائل المراسلة، كالبريد أو البرق أو برسول غير نائب أو ماشابه ذلك. وهذا التعاقد صورة شائعة في العمل،

---

(١) العطار، بند (٢٠) ص ٣٦.

(٢) بدائع الصانع، جـ ٥ ص١٣٦ . المغني لابن قدامة جـ ٣ ص ٨٦.

لاسيما في المعاملات التجارية، خاصة بعد إزدهار التجارة و التقدم الهائل لوسائل الإتصال في العصر الحديث.

ويعتبر التعاقد قد تم بين غائبين إذا إنقضت فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهو ما يعني إختلاف زمان ومكان إنعقاد العقد، عكس التعاقد بين الحاضرين. وقد أثار التعاقد بين الغائبين خلافا في فقه القانون حول تحديد زمان إنعقاده، وظهرت بصدد ذلك مذاهب أربعة هي[1]:

١ ـ مذهب إعلان القبول: ويرون أنصاره أن العقد ينعقد في الحظة التي يعلن فيها القابل القبول، بإعتبار أن العقد توافق إرادتين، ويتم التوافق في هذه اللحظة، ومما يميز هذا المذهب أنه يحقق السرعة في التعاقد، مما يسهل عملية التعامل بين الافراد خصوصا في نطاق التجارة.

ولكن يؤخذ على هذا المذهب ما يلي:

أ ـ أنه يجعل الموجب تحت رحمة القابل، إذ قد يرفض القابل الإيجاب أو يعرض عنه، ولا يعلم الموجب عن ذلك شيئا ليظل على إيجابه فترة قد تضر به، وقد يعلن القابل قبوله ثم يعدل عنه، أو يرفض الإيجاب ثم يعدل عن رفضه ليقبله من جديد، فكيف يستطيع الموجب أن يثبت ذلك[2]. ويمكن التغلب على هذا النقد بأن يحدد الموجب للقابل فترة معينة ينبغي عليه أن يعلن له رأيه خلالها وإلا تحلل من إيجابه.

---

(١) العطار، بند (٢١). عبد الخالق حسن، ص ٤٧.
(٢) اسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، بند (٧)ص ١٢٣.

ب ـ أن مجرد إعلان القبول من القابل لا ينعقد به العقد من الناحية القانونية، إذا المعول عليه لانعقاد العقد، الأعلام وليس الإعلان. فلا ينعقد العقد إلا إذا علم الموجب بقبول القابل، لأن القبول إرادة، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها[1] .

٢ ـ مذهب تصدير القبول. وفيه يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم عند تصدير القبول، لأن القابل قد يعلن عن قبوله ثم يعدل عنه قبل أن يعلم الموجب به ، أما إذا صدره بأن إلقاه في صندوق البريد مثلا ، فإن قبوله يكون نهائيا لا عدول فيه.

ويؤخذ على هذا المذهب أنه يعد إمتدادا لمذهب إعلان القبول ، وأن أضيف إليه عملية التصدير، وبالتالي يوجه إليه من نقد ما يوجه للمذهب السابق، حيث أن التصدير لا يعني ـ بالضرورة ـ أن يكون القبول نهائيا، إذ يستطيع القابل ـ بالرغم من تصديره قبوله ـ أن يعدل عنه طالما تم هذا العدول قبل علم الطرف الآخر بالقبول، ويستطيع ذلك عن طريق استرداد البريد المرسل أو إرسال برقية تصل الموجب قبل وصول البريد.

٣ ـ مذهب تسليم القبول. وفيه يتم التعاقد بين الغائبين في وقت تسليم القبول، ففي هذا الوقت لا يملك القابل استرداد القبول.

ولكن يؤخذ على هذا المذهب أن التسليم لا يعد دليلا على علم الموجب بقبول القابل، خاصة في وقتنا الحاضر الذي انتشرت فيه أعمال الحيلة

---

(١) السنهوري بند (١٢٣).

والخديعة كأن يتم التسليم لشخص غير الموجب، أو لشخصه دون أن يثبت المسلم ذلك عنده وبالتالي فإن التسليم لا يعدو أن يكون قرينة فقط على العلم وليس دليل على العلم، وهي إن كانت قرينة قاطعة فإننا في حاجة لنص عليها، وليس بمنصوص وإن كانت غير قاطعة فإنه يجوز إثبات عكسها على نحو ما تقدم.

٤ ـ مذهب العلم بالقبول. وفيه يتم التعاقد بين الغائبين في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول القابل، وذلك على أساس أن القبول تعبير عن الإرادة ينتج أثره وقت العلم به، ويعتبر وصول القبول قرينة قضائية[1] على العلم به، وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وبذلك لا يشترط العلم الفعلي بالقبول وإنما يكفي العلم المفترض فقط، لأن عدم علم الموجب بالقبول بعد وصوله إليه يرجع إلى تقصيره، وبالتالي لا يكلف القابل أكثر من ذلك إستقرارا للمعاملات.

٣٢ ـ موقف القانون المصري من التعاقد بالمراسلة:

أخذ القانون المدني المصري بمذهب العلم بالقبول ولذلك يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وتعتبر هذه القاعدة مكملة، حيث أجاز القانون للأفراد الاتفاق على ما يخالف ذلك (م ٩٧ / ١) فمنذ لحظة العلم بالقبول يعتبر العقد قد تم، لإنه في هذه اللحظة فقط ينتج أثره، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما

---

(١) باعتبار ذلك من أعمال المحضرين عادة أو من أعمال مرفق عام كالبريد.

لم يقم الدليل على عكس ذلك (م٩١) ويقع على الموجب عبء إثبات ما يخالف ذلك. ويجوز للقابل أن يثبت استلام الموجب للقبول لينقل عبء الإثبات إلى الموجب، فلحظة إستلام الموجب للقبول يمكن للقابل أن يثبتها خلافا للحظة علم الموجب بالقبول، فهي صعبة الإثبات بالنسبة للقابل، بإعتبار أن علم الموجب بالقبول يختص به وحده، وبهذا يكون المشرع المصري قد وازن بين مصلحة الموجب ومصلحة القابل في نفس الوقت(١) .

٣٣ ـ (ج) التعاقد بالتليفون(٢) :

قد يتم إرتباط القبول بالإيجاب وإقترانه به عن طريق التليفون، بإعتباره أداة تنقل الكلام بين الغائبين، ولكن بصورة مباشرة، بحيث يسمع كل منهما كلام الآخر في نفس وقت صدوره، ومثله جهاز اللاسلكي، ولذا يعتبر التعاقد بين الموجب والقابل بالتليفون تعاقدا بين غائبين حاضرين في آن واحد، فهو تعاقد بين غائبين لبعد المسافة بينهما، وبين حاضرين لوصول عبارة كل منهما إلى الآخر فور صدورها، ولذا يعتبر التعاقد بالتليفون تعاقدا بين حاضرين حيث زمان العقد، وتعاقد بين غائبين من حيث مكان العقد، أي أن العقد بواسطته يعتبر تاما فور صدور القبول، لأن القبول يتصل بعلم الموجب في ذات لحظة صدوره، بل يعتبر التعاقد بالتليفون تعاقدا بين غائبين

---

(١) يأخذ التعاقد «بالفاكس» الحديث نفس أحكام التعاقد بين غائبين، لإختلاف زمان ومكان الموجب والقابل، وإن كان فيه من السرعة مافيه، حيث لا يقترن القبول بالإيجاب بصورة مباشرة.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، بند (٧٥).

في أقوى صوره، حيث لا يستطيع الموجب أن يثبت عدم علمه بالقبول بالرغم من عدم إستلامه، حيث يتم الإستلام والعلم في آن واحد وهذا ما يجعل إثبات علم الموجب بالقبول سهلا ميسرا بالنسبة للقابل.

المطلب الثالث : المراحل التمهيدية للعقد :

٣٤ ـ تمهيد وتقسيم :

قد يصدر الإيجاب والقبول في مجلس العقد دون أن يكون التعبير بهما باتا، أي نهائيا لإبرام العقد، وإنما قد يكون ذلك على أساس التشاور وتبادل الرأي حول كافة تفصيلات العقد المراد إبرامه، وفي هذه الحالة لا يعتبر العقد نهائيا ، وبالتالي لا ينعقد ، ويحدث هذا عادة إذا ما صدر وعد بالعقد من أحد أطراف التعاقد على أساس أن يتناول العقد الشروط التي يتم بحثها بين المتعاقدين ، وهذا هو الوعد بالتعاقد، وقد يصل الأمر إلي حد أن يقوم أحد أطراف التعاقد بدفع جزء من المقابل كعربون للدلالة على جدية ما يقدمان عليه، وهذا هو العربون. ولهذا فسوف نتناول هذا المطلب في الفرعين الآتين:

الفرع الأول : الوعد بالعقد :

٣٥ ـ تعريفه وأنواعه :

هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما بإبرام عقد في المستقبل، إذا أظهر الموعود له رغبته في ذلك، خلال المدة المتفق عليها، فهو عقد يتم بإيجاب من الواعد، وقبول من الموعود له، ولكنه يمهد لإبرام عقد آخر هو

العقد الموعود به[1].

فالوعد بالعقد على هذا النحو، وإن كان في حد ذاته عقدا، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه، فهو لا يعدو أن يكون من مقدمات العقد المقصود في آخر الأمر، وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة عقد ما قبل العقد[2].

مثال ذلك أن يعد شخص آخر ببيع شئ له بثمن معين إذا قبل الآخر شراء ذلك الشئ خلال مدة معينة، فيقبل الموعود له الوعد، فينعد بين الإثنين عقد وعد بالبيع، لا بيع بات، لأن الموعود له لم يقبل الشراء وإنما قبل الوعد فقط.

وعلي هذا فإن الوعد بالتعاقد قد يكون ملزما لجانب واحد، كما في المثال السابق، حيث يلتزم الواعد (البائع) بإيجابه طيلة الفترة المحددة، ولا يقع أية إلتزام على عاتق الموعود له (المشترى) بشيء، وقد يكون ملزما للجانبين، وعندئذ يسمي إتفاقا أو عقدا إبتدائيا[3].

ومثاله: أن يتفق شخصان على أن يوقع كل منهما عقدا نهائيا ببيع أحدهما للآخر سيارة فور الإنتهاء من إستخراج كافة المستندات التي تخصها كترخيصها و إستلام الإفراج الجمركي عنها... الخ فيكون هذا إتفاقا على

---

(١) السنهوري، بند (١٣٣). عبد الرازق حسن فرج، بند (٨٥).
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي بند (٨٠) ص ١٧٢.
(٣) العطار، بند (٢٤).

تواعد بالبيع والشراء، ومن ثم يكون ملزما للجانبين.

وبهذا يفترق الوعد بالتعاقد عن العقد الإبتدائي، حيث أن كل عقد إبتدائي يعد وعدا بالتعاقد وليس بالعكس، فالعقد الإبتدائي أخص من الوعد بالتعاقد، كما يفترق الوعد بالتعاقد عن الإيجاب ولو كان ملزما، لأن الإيجاب ليس بعقد طالما أن القبول لم يقترن به، حيث تختلف طبيعة كل من الوعد بالعقد عن طبيعة الإيجاب، ويبدو ذلك و اضحا في أثر الموت وفقد الأهلية على كل منهما. حيث لا ينتقل الخيار في القبول الى ورثة الموجب له بعد موته، إذا ما صدر إيجاب ملزم، لأن الخيارات بخلاف الحقوق لا تورث، كما أن موت الموجب يجعل إتصال القبول بعلمه مستحيلا، وهذا كله بخلاف الوعد بالتعاقد، لإنه بموت الواعد ينتقل الإلتزام الذي كان يثقله الى تركته، وإذا مات الموعود له إنتقل حقه إلى ورثته لأن الحقوق تورث[1].

٣٦ـ شروط الوعد بالعقد:

حددت المادة ١٠١ من القانون المدني شروط الوعد بالتعاقد علي النحو التالي:

١ ـ الوعد بالتعاقد عقد، فلابد لكي ينعقد أن تتوافر فيه الشروط العامة في التراضي، من وجوده، والتعبير عنه، وإتجاهه لإحداث آثار قانونية معينة.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي (بند ٨١) ص١٧٢.

٢ ـ تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، فإذا كان بيعا مثلا، وجب الإتفاق على المبيع وعلى الثمن وغير ذلك من المسائل الجوهرية بخلاف المسائل الثانوية.

٣ ـ تحديد المدة التي يجب فيها إبرام العقد الموعود به. وذلك صراحة كالإتفاق على أن تكون أسبوعا أو شهرا مثلا، أوضمنا تستخلص بوضوح من ظروف التعاقد، سواء استخلصها طرفا الوعد أم القاضي عند النزاع.

٤ ـ إذا ا عتبر القانون العقد الموعود به عقدا شكليا، فيجب أن يتم الوعد في نفس الشكل، كعقد الهبة وعقدا الرهن الرسمي. حيث يتطلب القانون لانعقادهما أن يكون بورقة رسمية.

ويلاحظ أن الوعد بالتعاقد كعقد من العقود لابد وأن تتوافر فيه هذه الشروط، فمثلا إذا لم يتم تعيين المسائل الجوهرية فإن الوعد يكون باطلا، وكذا إذالم يتم الاتفاق على تحديد المدة صراحة أو ضمنا، أما إذا تخلفت الشكلية في الوعد بالتعاقد بعقد شكلي، فإن الوعد في هذه الحالة لا يعتبر باطلا، بالرغم من أنه لا يؤدي الى إتمام التعاقد، حيث يمكن أن يرتب التزامات شخصية وهذا ما نص عليه المشروع التمهيدي للقانون المدني[١].

٣٧ ـ آثار الوعد بالعقد:

يجب أن نفرق في ذلك بين مرحلتين:

الأولى: قبل أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد، في هذه الحالة لا

---

(١)- مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص ٧٥.

ينتج العقد الموعود به أي أثر ثانوني . ، ففي الوعد بالبيع مثلا ، لا يكون البائع ملتزما بأي إلتزام، كما لا يكون المشتري ملتزما بأي إلتزام، ولكن يلتزم الواعد بأن يمتنع عن كل ما يحول دون إنعقاد العقد الموعود به، وليس للموعود له في هذه الحالة إلا حق شخصي عند الواعد، بمقتضاه يطالبه بتنفيذ الوعد[١] .

الثانية : إذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها، في هذه الحالة ينتج العقد الموعود به أثره من هذا الوقت، لا من وقت إبداء الرغبة في التعاقد، ويجب على كل طرف أن يقوم بتنفيذ إلتزامه، ويعتبر فقه القانون الوعد بالعقد إيجابا، كما يعتبر القبول هو ظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به، وبهذا القبول يتم العقد الموعود به دون حاجة إلي إيجاب أو قبول جديدين، فإذا إقترنت هذ الرغبة بما يعدل في الوعد ، فلا ينعقد العقد، ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، إذ تعتبر بمثابة إيجاب جديد[٢]، فإذا لم يبد الموعود له الرغبة في العقد خلال المدة المحددة، سقط الوعد من تلقاء نفسه بلا تنبيه أو إعذار[٣] وهذا هو الواضح من نص المادة ١٠٢ مدني.

---

(١) نقض مدني ١٢ / ١ / ١٩٣٨ (مجموعة عمر ، ص ٢٤٠).
(٢) نقض مدني ١٦ / ١٢ / ١٩٦٥ (طعن ١٩٨ س ٣١ ق).
(٣) نقض مدني ٦ / ٥ / ١٩٥٤ (مجوعة أحكام النقض س ٥ ص ٨٣٤).

الفرع الثاني : العربون

٣٨ ـ تعريفه ودلالته:

يعرف العربون في الفقة القانوني بأنه المبلغ الذي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، على ذمة تنفيد العقد، أو علامة علي إتمام التعاقد كأن يدفع المشتري جزءا من الثمن عند تمام العقد، رغبة في التأكيد على نفاذه.

وللعربون دلالتان : أحدهما : دلالة تمام العقد والبدء في تنفيذه، ويكون الغرض منه في هذه الحالة، تأكيد قيام العقد والبت فيه عن طريق تنفيذ جزء منه ومن ثم لا يجوز لأي طرف من أطراف العقد أن يعدل عنه، مثاله أن يبيع شخص لآخر شيئا فيدفع المشترى جزءا من الثمن كعربون على أن يتم الاتفاق على موعد سداد باقي الثمن.

ثانيهما : دلالةالعدول عن العقد، ويكون القصد منه إعطاء كل من المتعاقدين الحق في الرجوع عن العقد، وبالتالي يكون العربون ثمنا للعدول في ذاته، ولو لم يترتب على هذا العدول أي ضرر للطرف الآخر. فإذا باع شخص لآخر شيئا واتفقا على مبلغ كعربون لإتمام العقد النهائي، ثم عدل المشترى عن الشراء ، فإنه يخسر العربون ، فإذا كان العدول من البائع فإنه يلتزم برد العربون ومثله معه.

وقد إنقسمت القوانين الوضعية بين الدلالتين، فقوانين البلاد اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول، أما القوانين الجرمانية فإنها تأخذ بدلالة الرغبة

في بدء تنفيذ العقد[1] .

٣٩ ـ موقف القانون المصري من العربون:

أخذ القانون المصري بدلالة العدول بحسب الأصل، ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك فقد نصت المادة١٠٣ منه على أن «دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر». ومعنى هذا إن إتفاق ا لمتعاقدين هوالذي يحدد دلالة العربون المدفوع عند التعاقد، ولمحكمة الموضوع استظهار نيتهما من ظروف الدعوي دون رقابة عليها من محكمة النقض[2] فإذا لم يوجد إتفاق فلا يرجع إلى العرف، إنما يرجع إلي الأصل الذي أقامه القانون في ذلك، وهو أن كلا من المتعاقدين أرادا بالعربون الإرتباط نهائيا بالعقد، وجواز العدول عن ذلك لكل منهما[3] فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبضه رده مضاعفا[4] .

بيد أن خسارة قيمة العربون لم يعتبرها القانون تعويضا للعدول عن التعاقد لانه قضى بها ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، بخلاف ا لتعويض الذي يشترط فيه الضرر، وبهذا يختلف العربون عن الشرط

---

(١) السنهوري، جـ١، بند (١٤٠).

(٢) نقض مدني ١١ / ٥ / ١٩٨٨ (طعن ٧٢ س ٥٥ ق).

(٣) نقض مدني ٢ / ١٢ / ١٩٨٠ (طعن ٨١٦ س ٤٦ ق).

(٤) نقض مدني ٥ / ٤ / ١٩٥٦ (مجموعة المكتب الفني س ٧ ص ٥٠٨).

الجزائي، الذي هو إتفاق مستقل عن إتمام العقد، فإذا تم الإرتباط نهائيا بالعقد ونفذ الالتزام ، فإن العربون يخصم من قيمة هذا الالتزام، على أن العربون يرد إلى من دفعه بالرغم من عدم تنفيذ الإلتزام، وذلك إذا استحال التنفيذ لظروف خارجة عن إرادة كل من المتعاقدين أو فسخ العقد بإتفاق الطرفين، أو بخطأ منهما معا. وذلك تطبيقا للقواعد العامة[1] .

المطلب الرابع النيابة في التعاقد :

٤٠ ـ لا يشترط صدور الإيجاب أو القبول من الشخص الذي يعتبر متعاقدا وطرفا في العقد فيصح أن يصدر الإيجاب أو القبول من نائب يعمل لحساب المتعاقد، وهذا ما يسمى بالنيابة في التعاقد[2] .

والنيابة نظام قانوني مؤداه أن تحل إرادة شخص معين، يسمى النائب ، محل إرادة شخص آخر، هو الأصيل، في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلي الأصيل لا إلى النائب، والقاعدة العامة أنه يجوز للشخص أن يبرم العقد بنفسه، كما يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب عنه[3] بل إن النيابة قد تكون مفروضة على الشخص وليست مجرد جائزة له، وذلك عندما يكون الشخص غير كامل الاهلية، حيث لا يستطيع إبرام العقود لحسابه الخاص،

(١) كانت المادة ١٥٣ من المشروع التمهيدي تنص على ذلك ولكن تم حذفها إكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٨٠ ـ ٨٢).

(٢) راجع : جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية رسالة ١٩٥٤ .

(٣) باستثناء بعض التصرفات القانونية كحلف اليمين والتوقيع، فلا تجوز النيابة فيهما (لبيب شنب، ص ٦٩ هامش ٨).

وإنما يوجب له القانون نائبا يسمى بالولي أو الوصي أو القيم[1] . والخلاصة إن النيابة في التعاقد قانونا هي «حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في تصرف قانوني، كما لو كانت الإرادة قد صدرت من الأصيل»[2] .

٤١ ـ أنواع النيابة :

تنقسم النيابة بحسب مصدرها إلى نيابة إتفاقية ونيابة قانونية.

فالنيابة الإتفاقية هي التي يوجدها إتفاق الأطراف ويعين حدودها، وغالبا ما تكون وكالة، فالعقد الذي ينشئ هذا النوع من النيابة هو الإتفاق المبرم بين النائب والأصيل، وقد تكون غير وكالة، كما هو الحال بالنسبة لمدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها.

أما النيابة القانونية فهي تلك التي يقرر القانون وجودها ويعين حدودها بطريق مباشر، كنيابة الولي أو الوصي، ولا يغير من إعتبار النيابة قانونية أن يترك القانون في بعض الاحوال للقاضي سلطة تعيين النائب كما هو الحال بالنسبة للقيم والسنديك (مدير التفليسة) والحارس القضائي، إذ أن دور القاضي هنا يقتصر على إختيار شخص النائب، أما تقرير مبدأ النيا بة ذاتها ورسم حدودها ، فالقانون هوالذي يتولاهما بنفسه.

---

(١) اصطلاح النيابة في التعاقد غير شائع في الفقة الإسلامي شيوعه في القانون المدني، حيث يستعمل الفقة الإسلامي اصطلاح الوكالة بدلا من النيابة الإتفاقية، واصطلاح الولاية بدلا من النيابة القانونية أو القضائية.

(٢) العطار، بند (٢٧).

٤٢ ـ شروط النيابة في التعاقد :

لا ينفذ تصرف النائب في حق الأصيل إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

أولاً : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل. حيث يلزم أن يتعاقد النائب بإرادته هو لا بإراده الأصيل، وهو ما يميز النائب عن مجرد الرسول الذي يقتصر دوره في التعاقد على مجرد نقل التعبير عن إرادة أطراف التعاقد، بل لابد من تدخل إرادته الذاتية في التعاقد. ويترتب على ذلك أن شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإدارة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو إفتراض العلم بها حتما (م ١٠٤ / ١ مدني) ، ولا يتحقق ذلك بطبيعة الحال إلا في الحالات التي ينفرد فيها النائب بإبرام التصرف، ومع ذلك فإن إرادة الأصيل قد تشترك مع إرادة النائب، وفي هذه الحالة فإنه يجب النظر إلى إرادة الأصيل في الحدود التي يشترك فيها مع النائب في إبرام التصرف، فيعتد بإرادة كل منهما في الحدود التي اشتركت فيها، سواء بالنسبة لوجود الإرادة أم بالنسبة الى عيوبها، أما بالنسبة الى العلم أو الجهل ببعض الظروف الأخرى، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٤ / ٢ مدني.

ولكن هل يشترط توافر الأهلية في النائب إذا ما كانت إرادته محل إعتبار في التصرف؟ يفرق في هذا الصدد بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية، ففي النيابة الإتفاقية لا يلزم أن تتوافر في النائب أهلية إبرام التصرف الذي وكل إليه القيام به، لأن آثار التصر ف فيها تنصرف إلى الأصيل، ولا يلزم النائب بأي التزام ناشيء عنه ولهذا فإنه يكفي في هذا النوع من النيابة أن يكون النائب

مميزا[1].

أما في النيابة القانونية فإن الحكم يختلف، لإنها تتقرر في ظروف تقتضي أن يتولى النائب مصالح الأصيل الذي قد لا تتوافر فيه الأهلية، أو قد يكون ناقصها، ولهذا كان الأصل هو أنه يلزم أن تتوافر في النائب أهلية إبرام التصرف في هذا النوع من النيابة. وسواء اشترطت الأهلية في النائب أو الأصيل فالمقصود بها بداهة أهلية الأداء، وينظر إليهما وفقا للقواعد القانونية العامة.

ثانيا : يجب أن يتم التعاقد بإسم الأصيل ولحسابه:

يجب أن يتعاقد بإسم الأصيل، أي بصفته نائبا، وعليه أن يعلن ذلك للطرف الآخر، وإلا إلتزم شخصيا قبل من تعاقد معه، فإذا أبرم النائب العقد على هذا الأساس فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل (م١٠٥ مدني).

بيد أن إعلان النائب عن صفته، وإنه يتعاقد نيابة عن الأصيل قد يكون صريحا كما لو أظهر ذلك بعبارات تدل عليه، و قد يستفاد ذلك من ظروف التعاقد، حتى ولو لم يعلن النائب أنه يتعاقد بإسم الأصيل، كالعامل في محل تجاري، والخادم في المنزل، إذ يستفاد من التعامل مع مثل هؤلاء أنهم نائبون كل منهم عن الأصيل، والمفروض أن من تعاقد مع هؤلاء يعلم بوجود النيابة، ولهذا تنصرف الآثار إلى الأصيل.

(١) توفيق فرج، بند (٧٧) ص ١١١. العطار، بند (٢٨) ص ٥٦.

فإذا لم يعلن النائب عن صفته صراحة أو ضمنا، فإن آثار العقد تقتصر على عاقديه، إذا كان لشخص الأصيل محل إعتبار، فإن لم يكن كذلك واستوى في الاعتبار النائب والأصيل انصرف آثار العقد إلى الأصيل، كصاحب المحل التجاري الذي يتقدم إليه شخص للشراء، حيث يستوي عنده أن يكون المشتري أصيلا عن نفسه أو نائبا عن غيره، ولذلك فإن آثار هذا التصرف تنصرف مباشرة إلى الأصيل (م١٠٦ مدني).

ثالثًا: يلزم أن يتعاقد النائب في حدود سلطته. فلكي تنصرف الآثار إلى الأصيل، فإنه يجب أن يتصرف النائب في حدود السلطة المخولة له، وحدود النيابة يعينها الاتفاق أو القانون أو حكم القاضي بحسب نوع النيابة. فإذا جاوز النائب حدود نيابته فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل ما لم يجزه أي يوافق عليه، فإن أجازه نفذ في حقه لأن الإجازة اللاحقة كالاذن السابق[1] فإذا لم يجز الأصيل تصرف نائبه الذي جاوز به حدود النيابة فإن هذا التصرف لا ينفذ، لأنه لا سبيل لنفاذه في حق الأصيل لما فيه من تجاوز لحدود النيابة، ولا ينفذ كذلك في حق النائب لأنه لم يقصد إلزام نفسه بذلك، وليس للغير الذي تعاقد مع النائب إلا الرجوع عليه بالتعويض إن كان له مقتضى[2].

وقد حكم بأنه إذا جاوز الوكيل حدود وكالته، فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوي أن يكون الوكيل حسن النية أو سيء النية، قصد

(١) نقض مدني ٢٩/ ١/ ١٩٧٥ (مجموعة الأحكام س٢٦، ص٢٩٣).
(٢) العطار، ص ٥٧.

الإضرار بالموكل، أبو بغيره[1]، غير أنه قد جاء في حكم آخر أنه «إذا جاوز الولي حدود نيابته فإنه يفقد صفة النيابة، ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للقاصر، ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها»[2].

ويستثنى من ذلك أمران يلزم الأصيل فيهما التصرف بالرغم من تجاوز النائب حدود نيابته؛ الأول: في حالة انقضاء النيابة دون أن يعلم النائب بذلك بشرط أن يكون من تعاقد معه حسن النية، أي يجهل النائب، ومن تعاقد معه السبب الذي أدى إلى انتهاء النيابة، ففي هذه الحالة يضاف أثر العقد إلى الأصيل بالرغم من تجاوز النائب لحدود نيابته. (م١٠٧ مدني) حماية للوضع الظاهر واستقراراً للمعاملات.

الثاني: إذا تعذر على الوكيل أن يخطر الموكل قبل خروجه عن الحدود المرسومة له، وكانت هناك ظروف يغلب معها الظن موافقة الموكل، وفي هذه الحالة يجب على الوكيل أن يخبر الموكل بلا إبطاء عما أجراه من التعديل في تنفيذ الوكالة (م٧٠٣/ ٢).

٤٣ ـ آثار النيابة:

تتحدد آثار النيابة في روابطها المتعددة، فهناك علاقة بين النائب والأصيل، وهناك علاقة بين النائب والغير، وهناك أخيراً علاقة بين الغير والأصيل وذلك على النحو التالي:

---

(١) نقض مدني ٢/ ٥/ ١٩٧٩ (طعن ١١٢٥، س٤٨ق).
(٢) نقض مدني ٣١/ ١/ ١٩٧٧ (مجموعة الأحكام س٢٨، ص٣١٠).

أ ـ علاقة النائب بالأصيل : يحدد العلاقة بين النائب والأصيل المصدر الذي جعل الشخص نائبًا كوكالة (اتفاق) أو نص القانون أو حكم القاضي .

ب ـ علاقة النائب بالغير : تنتهي هذه العلاقة بمجرد إبرام العقد ، ولا ينصرف أي أثر من آثار العقد إلى النائب ، وبالتالي لا يحق للنائب أن يطالب الغير بتنفيذ العقد ، ما لم يكتب أن له نيابة أخرى في التنفيذ ، وليس للغير أن يطالب النائب بتنفيذ العقد ، ما لم يكن له ولاية تنفيذه ، على أن النائب يسأل عن خطئه مسئولية تقصيرية إذا أخطأ في حق الغير الذي تعاقد معه .

جـ ـ علاقة الغير بالأصيل : يقصد بالغير هنا من تعاقد مع النائب ، حيث تنشأ علاقة بين الأصيل والغير الذي تعاقد مع النائب ؛ لأن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل ، إذا ما توافرت شروط النيابة ـ السابقة ـ أما إذا تم التعاقد باسم مستعار ، فإن آثار العقد تنصرف إلى النائب ، وعلى هذا فإن الأصيل والغير هما طرفا العقد من حيث آثاره (م١٠٥ مدني) وبالتالي يجوز للأصيل أن يطالب الغير الذي تعاقد معه نائبه بحقوقه الناشئة عن العقد ، كما أن لهذا الغير أن يطالب الأصيل بحقوقه الناشئة عن ذات العقد .

٤٤ ـ تعاقد الشخص مع نفسه:

إذا كان يجوز للشخص أن يتعاقد نائبًا عن غيره ، فهل يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، يتخذ هذا التعاقد إحدى صورتين ، فقد يكون الشخص أصيلاً عن نفسه نائبًا عن غيره ، كما لو وكله شخص في بيع شيء فاشتراه لنفسه ، وقد يتعاقد مع نفسه بصفته نائبًا عن طرفي العقد ، كما لو وكله شخص في بيع سيارة ، ووكله آخر في شراء سيارة فباع واشترى نائبًا عن الطرفين .

القاعدة العامة في القانون المصري أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل (م١٠٨ مدني) لأن هناك تعارضًا بين مصالح طرفي العقد، ويخشى ممن يتولى العقد مع نفسه نائبًا عن غيره أن يضر بمصالح الأصيل.

غير أنه يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه استثناء من القاعدة السابقة في الحالات الآتية:

١ - إذا أذن الأصيل للنائب أن يتعاقد مع نفسه، حيث أن القاعدة السابقة مكملة لإرادة المتعاقدين، وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فإذا لم يكن هناك إذن سابق من الأصيل فإن له أن يجيز التعاقد إذا ما تم؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وإلا كان غير نافذ في حق الأصيل.

٢ - إذا ورد نص خاص يجيز للشخص أن يتعاقد مع نفسه[1].

٣ - إذا قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد النائب مع نفسه، من ذلك مثلاً أن عرف التجارة جرى على أن للوكيل بالعمولة أن يباشر عقد البيع مع نفسه نائبًا عن أحد طرفيه أو عن كل من طرفيه.

---

(١) تنص م ١٤ من قانون الولاية على المال في مصر من أن «للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء أكان لحسابه هو أم لحساب آخر، إلا إذا نص القانون على غيره».

المبحث الثاني

صحة التراضي

٤٥ ـ تمهيد وتقسيم:

يجب أن يوجد التراضي على الوجه السابق ذكره، والتفصيل الذي عرفناه، حتى يقوم العقد، ويجب كذلك لكي يستقر العقد نهائيًا أن يكون هذا التراضي صحيحًا، وذلك بأن يكون صادراً من ذي أهلية، وخاليًا من عيوب الإرادة التي نظمها القانون المدني في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وهذا ما يسمى بشروط صحة العقد(١) ولهذا فسوف نتكلم في صحة التراضي عن الأهلية، ثم عن عيوب الإرادة، وذلك في مطلبين مستقلين:

المطلب الأول: الأهلية:

٤٦ ـ إحالة:

لكل عقد من العقود طرفان، ولا يصح العقد إلا إذا كان كل منهما أهلاً لإبرامه، بأن يكون بالغًا عاقلاً رشيداً، وكل من كان كذلك كان أهلاً لإبرام العقود، فلا يجوز للصبي غير المميز ولا المجنون ولا المعتوه إبرام أي عقد من العقود، وإلا كان العقد باطلاً، أما الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة، فلهم

---

(١) العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ١٩٧٥، بند (١٨)، ص٣٤

إبرام بعض العقود، على أن عقودهم ينبغي أن تكون فيما فيه نفع محض، أما العقود الضارة بهم ضررا محضًا أو التي تدور بين النفع والضرر، فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحتهم، إلا إذا أجازها الولي أو الوصي أوالقيم عليهم، حيث يتولى كل منهم إبرام العقود نيابة عن القاصر أوالمحجورعليهم لسفه أو غفلة أو عته أوجنون، على أن تفصيل كل ذلك موضعه منهج المدخل لدراسة القانون، وبالتالي فإننا نحيل إليه لبيان أحكام الأهلية.

المطلب الثاني: عيوب الإرادة:

٤٧ ـ تعريف وتقسيم:

يقصد بعيوب الإرادة، أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا، دون أن تجهز عليه[١]، فرضاء المتعاقد هنا موجود غاية الأمر أن إرادته لا تكون سليمة، بأن لحقها عيب من عيوب الإرادة.

هذا وقد وجد منذ القدم للإرادة ثلاثة عيوب هي الغلط والتدليس والإكراه ومنذ عهد ليس ببعيد، وبتأثير من القوانين ذات النزعة الجرسانية، أخذ عيب رابع في الظهور وهو عيب الاستغلال.

وقد أخذ القانون المصري بفكرة عيوب الإرادة، باعتبارها ترد على الإرادة فتفسدها دون أن تجهز عليها، وأخذ بها في رباعيتها؛ لأن الإرادة فيها إما أن تكون قد أتت على غير بينة من حقيقة الأمر، وهذا هو الغلط والتدليس، وإما أن تكون قد أتت عن غير كامل حرية واختيار، وهذا هو

---

(١) العطار، مصادر الالتزام، بند (٤٣)، عبد الفتاح عبد الباقي، بند (١٤٥).

الإكراه والاستغلال، وقد نظم القانون أحكامها في المواد (١٢٠ - ١٣٠) منه، ولهذا فسوف نتناول هذه العيوب الأربعة في فروع مستقلة على النحو التالي:

الفرع الأول: الغلط:

٤٨ ـ تعريفه وأنواعه[1]:

هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد، يصور له الأمر على غير حقيقته، فإذا كان موجوداً تصوره غير موجود، وإن كان صحيحاً تصوره باطلا... وهكذا.

والغلط أنواع:

١ ـ غلط يعيب الرضا: حيث يوجد معه الرضا ولكنه معيب لوقوع الإرادة في غلط، فهو غلط يحدث في تكوين الإرادة، كمن يتعاقد مع شخص يظنه طبيباً بينما هو ممرض.

٢ ـ غلط لا يؤثر ي الرضا: وهو الغلط الذي لا صلة له بتكوين الإرادة، وهو غلط لا يعتبر عيباً من عيوب الإرادة، ولذا نص عليه القانون بأنه «لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط» (م١٢٣)، فالغلط المادي على هذا النحو لا يعيب الإرادة، وكذا الغلط في النقل، كنقل أرقام أو عبارات من مستند إلى آخر، حيث يتم تصحيح الغلط في هذه الحالة ما لم يؤد إلى عدم مطابقة القبول

(١) العطار، بند ٤٤.

للإيجاب، فلا يتم العقد [1].

ومثله أيضًا الغلط في التفسير، وكذا الغلط في التعبير، ما دام الإيجاب والقبول الصادرين يكفيان لقيام العقد، حيث يصحح الغلط في هذه الأحوال؛ لأنه لا يعيب الرضا.

٣ـ غلط مانع من الرضا: وهو الغلط الذي من شأنه أن ينعدم معه الرضا، فلا يعد عيبًا من عيوب الرضا، وإنما يعتبر مانعًا من انعقاد العقد، ويتخذ هذا النوع من الغلط صورًا أربعة:

أ ـ غلط في ماهية العقد، كمن يسلم شخصًا شيئا باعتباره وديعة، فيظن المتعاقد الآخر أنه هبة، فهذا الغلط يمنع من انعقاد العقد، لعدم مطابقة القبول للإيجاب.

ب ـ غلط في ذاتية المحل، كمن يبيع لشخص إحدى سيارتين عنده، فيقبل المشتري متوهمًا أنها السيارة الأخرى، فهذا غلط يمنع من انعقاد العقد أيضًا لعدم توافق الإرادتين.

جـ ـ غلط في وجود المحل، كمن اشترى شيئًا ثم اتضح بعد ذلك أنه هلك قبل الشراء، فلا ينعقد العقد لعدم وجود المحل.

د ـ غلط في وجود السبب كما لو اتفق الورثة مع الموصى له على إعطائه نصيبه من التركة، ثم تبين بعد ذلك بطلان الوصية، فلا ينعقد العقد لعدم وجود السبب[2].

---

(١) نقض مدني ١١/١٢/١٩٤٧ (مجموعة القواعد جـ٢ ص٨٣٤).

(٢) وفقًا للرأي الراجح في الفقه بأن السبب ركنًا في العقد لا في الالتزام وإن كان خارجًا عنه.

وبعد هذا التوضيح لأنواع الغلط، يمكن القول بأن هذه الأنواع ليست جميعها محل دراسة، حيث يجب التمييز بين الغلط الذي يعيب الرضا (محل دراستنا) وبين غيره، فالغلط المانع من الرضا، خارج عن نطاق دراستنا؛ لأنه يمنع أساسًا قيام العقد، وبالتالي لا حاجة إلى النظر من خلاله في عيوب الرضا، حيث لا يوجد عقد أصلاً، كذلك يخرج من نطاق الدراسة الغلط الذي لا يؤثر في الرضا، لأنه لا يتصل بتكوين الإرادة، وبالتالي لا يعتبرعيبًا فيها، ولا أثر له على سلامة الإرادة، ومن ثم يتم العقد معه صحيحًا وفقا لما تم الاتفاق عليه، على أن يصحح الخطأ.

والذي يعنينا في مجال دراستنا لعيوب الإرادة هو النوع الأول وهو الغلط الذي يعيب الرضا، والذي يحدث عند تكوينها، بأن يتوهم المتعاقد أمرًا على غيرحقيقته، ويقبل بهذا التصورعلى التعاقد، وما كان ليتعاقد لو علم الأمر على حقيقته، فهوغلط دافع إلى التعاقد.

علي أن هناك نظريتين للغلط، تسمى الأولى بالنظرية التقليدية وتجعل الغلط ثلاثة أنواع؛ غلط مانع، وغلط مؤثر، وغلط غيرمؤثر، وتسمى الثانية بالنظرية الحديثة للغلط، وتحصر الغلط الذي يعيب الرضا في الغلط الدافع فقط إلى التعاقد، وهو لايكون كذلك إلا إذا كان في صفة جوهرية في نظر المتعاقد، سواء كانت هذه الصفة في المحل أو في شخصية المتعاقد أو في القيمة أو في الباعث، فطالما كان ذلك جوهريًا، بمعنى أن المتعاقد ما كان ليتعاقد لو لم يقع في هذا الغلط، فإن رضاه لايكتمل، ويكاد ينحصر هذا النوع في النظرية الحديثة، في الغلط المؤثر في الرضا في ظل النظرية

التقليدية، وهو محل دراستنا وما نفصل فيه القول[1].

٤٩ ـ شروط الغلط الذي يعيب الرضا:

يأخذ القانون المدني المصري بالنظرية الحديثة للغلط، ولذلك عندما تحدث عن الغلط وصفه «بالجوهري» (م١٣٠) ووضع له شروطًا راعى بها التوفيق بين مصلحة المتعاقد الذي وقع في غلط في أن يتحلل من عقده؛ لأن الغلط جعل إرادته غير مدركة للحقيقة، الأمر الذي يقتضي أن يسمح له بطلب إبطال العقد للغلط، وبين مصلحة المجتمع في أن يستقر التعامل بين الناس مما يقتضي التشدد في شروط الطعن بالغلط، حتى لا يتخذ ذلك وسيلة سهلة لإبطال العقود.

وقد نص القانون على شروط الطعن بالغلط ويمكن تلخيصها فيما يلي:

أولاً: أن يكون الغلط جوهريًا: والغلط يكون جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لولم يقع في هذا الغلط (م١٢١/ ١مدني). فالغلط الجوهري هو الغلط الدافع إلى التعاقد، بحيث أنه ما كان ليبرم العقد لولا وقوعه في هذا الغلط ومعيار الغلط الجوهري إذن معيار ذاتي أي شخصي، بحيث ينظر فيه إلى إرادة المتعاقد الذي وقع في غلط، ولا عبرة بتأثير هذا الغلط في الشخص العادي، ولا بمدى تأثيره وفقًا لاعتبار المتعاقدين معًا[2].

---

(١) راجع بالتفصيل المناسب، النظرية التقليدية والحديثة للغلط: عبد الفتاح عبد الباقي، بند (١٤٧، ١٤٨)، ص ٢٩٨ ـ ٣٠٤، عبد الخالق حسن ص٩٢ ـ ٩٣، العطار بند (٥٤).

(٢) السنهوري جـ١ بند (١٦٨). العطار بند (٤٦) ص٨٧.

بيد أن هذا المعيار الشخصي قد يدق الكشف عنه؛ لأنه أمر نفسي لا يطلع عليه إلا المتعاقد الذي وقع في غلط، ولما كان هدف القانون هو التوفيق بين مصالح الغالط والمجتمع معًا، فإنه أقام قرينة تكشف عن هذا المعيار الشخصي. حيث نص على أنه «يعتبر الغلط جوهريًا على الأخص:

أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية. . . .

ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته. . . الخ» (م١٢١/ ٢مدني)، وبهذه القرينة التي أقامها القانون يمكن إعمال الغلط الدافع إلى التعاقد في الأحوال الآتية:

١- الغلط في صفة جوهرية في المحل: سواء كان المحل شيئًا ماديا أو معنويًا؛ كأن يشتري تمثالا على أنه أثري فيتضح له أنه غير ذلك، وكمن يشتري محلا اعتقادا منه بكثرة عملائه فإذا هم قليلون، أو كان المحل عملاً؛ كالمقاول الذي يريد إقامة بناء على أرض يعتقد أنها تتحمل عشرة طوابق مثلاً ثم يتضح أنها لا تصلح لذلك.

ولا يجوز الطعن للغلط في هذه الحالة إلا إذا كانت الصفة جوهرية، وتكون كذلك إذا كانت هي الدافعة إلى التعاقد، ولما كان المعيار ذاتيًا، أقام القانون - تسهيلاً لإثبات هذا الغلط - وضعًا ماديًا إلى جانب هذا المعيار، هو أن تكون صفة المحل جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك، وفقًا لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية، فمن يشتري خاتمًا من نحاس وكان يظنه ذهبا، يكفي أن يثبت أنه اشتراه من صائغ ذهب، وبالتالي تدل ظروف التعاقد على حقيقة المقصود.

٢ ـ الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته: ويكون الغلط جوهريًا في هذه الحالة إذا كانت هذه الذات أوتلك الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد مثاله الغلط في شخص الموهوب له في الهبة، والغلط في شخص المزارع في المزارعة، والغلط في صفة جوهرية كمن يؤجر مسكنًا لشخص يظنه متزوجًا بينماهو غيرمتزوج(١)، وغير ذلك من الصفات التي تعد في نظر المتعاقد جوهرية، فهذا الغلط يجيز لصاحبه طلب إبطال العقد؛ لأن ذات المتعاقد أو صفته كانت محل اعتبار.

٣ ـ الغلط في القيمة: يرى الفقه المصري بأن الغلط في قيمة الشيء يؤدي إلى إبطال العقد ما دام جوهريا، فإذا باع شخص شيئًا أقل من قيمته الحقيقية معتقدًا أنه لا يساوي أكثر من ذلك، ثم تبين له حقيقة قيمة ما باعه، فإنه يعتبر واقعًا في غلط في قيمة الشيء، وهو غلط يعيب الرضا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الفرق بين ما باع به والقيمة الحقيقية كبيرًا، وهو ما يصدق عليه القول بأن الشخص في هذه الحالة قد وقع في غبن فاحش، أما الفرق اليسير فلا يعيب الرضا وبالتالي لا يجوز للغالط فيه أن يطلب إبطال العقد للغلط، ويشترط بالإضافة إلى ذلك أن لا يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المباع، وهذا ما يفرق بين الغلط في القيمة وبين الغبن، حيث يتحقق الغبن ولو كان المتعاقد المغبون على بينة من قيمة الشيء(٢).

---

(١) نقض مدني ٦/ ٥/ ١٩٥٤ (مجموعة الأحكام س١٠ ص٨٣٣).

(٢) سمير تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، جـ١، منشأة المعارف ص٥٤.

٤ ـ الغلط في الباعث: يرى الفقه المصري كذلك أن الغلط في الباعث يؤدي إلى إبطال العقد إذا كان جوهريًا، أي دافعًا إلى التعاقد، كما لو باع شخص شيئًا وهو مريض معتقدًا أنه في مرض الموت، ثم شفي بعد ذلك، فإنه يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد لوقوعه في غلط جوهري في الباعث.

ويلاحظ أن الغلط في الباعث الدافع هو في حقيقته غلط في السبب الدافع إلى التعاقد (السبب كركن في العقد)، وليس معنى ذلك أن الغلط في الباعث يؤدي إلى البطلان المطلق كالغلط في السبب؛ لأن هذا الجزاء لا يترتب عند مخالفة قاعدة من قواعد السبب إلا إذا انطوت هذه المخالفة على مساس بالنظام العام أوالآداب، بأن كان غير مشروع، أما الأمر هنا فإنه يتعلق بحماية شخص توهم أمرًا على غير حقيقته، فدفعه إلى التعاقد، ومن ثم كان الجزاء العادل ـ توفيقًا بين المصالح المتعارضة ـ هو القابلية للإبطال[١].

على أن ثبوت واقعة الغلط في الباعث تعتبر من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ودون رقابة عليه من محكمة النقض[٢].

٥ ـ الغلط في القانون: يقصد به قيام وهم في ذهن المتعاقد يجعله يتصور حكم قاعدة قانونية على خلاف ما تقضي به هذه القاعدة، بحيث لو تكشفت له الحقيقة ما أقدم على التعاقد، مثال ذلك أن يعتقد الوارث أن نصيبه هو الثمن، مع أنه يأخذ الربع طبقًا لمايقضي به القانون[٣].

---

(١) الصدة، مصادر الالتزام، ص١٩٢.

(٢) نقض ١٩/ ١١/ ١٩٧٥ (مجموعة الأحكام س٢٦ ص١٤٤٤).

(٣) توفيق فرج، جـ٢ بند (١٠٠).

والغلط في القانون كالغلط في الواقع، يجيز لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العقد، طالما أنه كان هو الدافع إلى التعاقد، والغلط في القانون قد يتعلق بصفة جوهرية في الشيء أو بشخص المتعاقد أو بالقيمة أو بالباعث.

وإذا كان للمتعاقد أن يطلب إبطال العقد لغلط في القانون - متى توافرت فيه شروط الطعن بالعقد لغلط في الواقع[1] - فلا يصح لأحد أن يعتذر بجهله بالقانون، إذ المبدأ هو عدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون، ولكن طلب إبطال العقد لغلط في القانون هو التمسك بتطبيق القانون وليس التهرب منه[2].

ويلاحظ أن القاعدة القانونية التي يجوز طلب إبطال العقد لغلط فيها هي تلك القاعدة التي ليست محل خلاف، حيث يقصد بالغلط في القانون الغلط في ذاته لا في تفسيره[3] أما الغلط في قاعدة مختلف فيها، فلا يعتبر غلطًا في القانون يجيز طلب الإبطال، لأنه غلط في تفسير القانون لا في القانون ذاته.

ويراعى أن القانون قد ينص في بعض الحالات على عدم الاعتداد بالغلط في القانون، مثال ذلك ما نص عليه بالنسبة لعدم جواز الطعن في عقد الصلح بسبب الغلط في القانون[4].

ثانيًا: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط: حيث أنه لا يكفي أن يقع أحد

---

(١) م١٢٢ مدني، نقض مدني ٢٧/ ٢/ ١٩٨٠ (مجموعة الأحكام س٣١ ص٦٢٢).
(٢) أحمد سلامة، بند (٧٢).
(٣) نقض مدني ٢/ ٦/ ١٩٣٨ (مجموعة القواعد جـ٣ ص٨٣ رقم٩).
(٤) م٥٥٦ مدني.

المتعاقدين في غلط لكي يجوز له أن يطلب إبطال العقد، وإنما اشترط القانون[1] أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط، أوكان على علم به، أوكان من السهل عليه أن يتبينه، وهو ما يسمى بالغلط المشترك، وذلك حتى لا يضار المتعاقد الآخر - الذي لم يتصل بالغلط - وحتى لا تتزعزع الثقة في المعاملات.

وتطبيقًا لذلك فإن الغلط المشترك هو الذي يجيز للشخص الغالط أن يطلب إبطال العقد، كما لو اشترى شخص لوحة على أنها من رسم فنان معين وكان كل من البائع والمشتري يظن أنها من رسم ذلك الفنان، ثم يتضح أنها من رسم فنان آخر[2].

أما الغلط الفردي الذي يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر، فلا يجيز طلب إبطال العقد إلا إذا علمه المتعاقد الآخر، فإن علمه المتعاقد الآخر ولم ينبه عليه كان سيء النية لا يستحق حماية القانون، وكذا إذا كان من السهل عليه أن يتبينه، فإن لم يكن يعلم به أو لم يكن من السهل عليه أن يتبينه، فإنه لا يجوز طلب إبطال العقد في هذه الحالة، ولا أثر للغلط هنا على العقد، ولو كان جوهريًا، حماية للمتعاقد الآخر.

٥٠ - أثر الغلط وإثباته:

إذا توافرت شروط الغلط كان لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العقد، أي زواله بأثر رجعي، كما يجوز له - بجانب ذلك - أن يطلب تعويضا، إذا كان وقوعه في الغلط ناتج عن خطأ المتعاقد الآخر، وهو في هذا يقترب كثيراً من

(١) م١٢٠ مدني.
(٢) العطار، ص٨٩.

التدليس - على نحو ما سيأتي - ويكون التعويض في هذه الحالة وفقًا لقواعد المسئولية التقصيرية لا العقدية باعتبار الخطأ - هنا - عملاً ماديًا.

على أنه لا يجوز التمسك بالغلط إلا من المتعاقد الذي وقع في غلط، فإذا تمسك به كان له أن يطلب إبطال العقد للغلط، ولا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية[1]، وذلك تطبيقًا لفكرة عدم التعسف في استعمال الحق، فيبقي العقد ملزمًا لمن وقع في غلط، خاصة إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد الذي قصد إبرامه وبالنية التي أرادها قبل وقوعه في الغلط، أي على نحو يرتفع عنه أثر الغلط ولو جزئيًا.

كما لا يجوز التمسك بالغلط إذا كانت المصلحة التي يقصدها - من وقع في غلط - غير مشروعة، كما لو طلب رب العمل إبطال العقد لغلط في صفة من صفات العامل، مثل كونه نقابيًا؛ لأن هذا يتعارض مع النظام العام.

وللتمسك بالغلط ميعاد معين في القانون هو ثلاث سنوات من وقت اكتشاف الغلط وإلا سقط الحق في طلب إبطال العقد للغلط[2]، وقد قصد بهذا الحكم تقصير أمد النزاع حول صحة العقد.

ويقع عبء إثبات الغلط على من يدعيه - كقاعدة عامة -، فمن ادعاه وقع عليه إثبات أنه وقع في غلط، وأن هذا الغلط جوهري، وأنه اتصل بعلم المتعاقد الآخر، فإذا لم يستطع إثبات ذلك فلا يجوز له أن يطلب إبطال التصرف، وذلك تحقيقًا لاستقرار التعامل[3] ويجوز إثبات الغلط بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن؛ لأنه واقعة مادية.

---

(١) م١٢٤ مدني.

(٢) م ١٤٠/ ١ مدني.

(٣) سمير تناغو، بند (٤٦).

الفرع الثاني: التدليس:

٥١ - تعريفه وبيان عناصره[١] :

يقصد بالتدليس تلك الوسائل التي يستخدمها أحد المتعاقدين لإيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، وإيقاعه في غلط يدفعه إى التعاقد، فكل ما يقوم به الشخص من وسائل بقصد خداع الغير أو المتعاقد معه ما هو إلا تدليس، يجوز لمن وقع في غلط بناء عليها أن يطلب إبطال العقد، فضلاً عن التعويض - إن كان له مقتضى - باعتبار أن هذه الوسائل غيرمشروعة، فالتدليس إذن هو إيقاع المتعاقد عمداً في غلط يدفعه إلى التعاقد.

وحتى نكون أمام تدليس بالمعنى القانوني، يجب أن يتوافر عنصران :

أحدهما: العنصر المادي، وهو عبارة عن السلوك الخارجي الذي يقوم به أحد المتعاقدين أو الغير، والذي يؤدي إلى إيقاع المتعاقد الآخر في غلط، بسبب ما يولده في ذهنه من صورة تخالف الواقع، ويطلق القانون المصري على هذه الأعمال المادية لفظ الحيل (م١٢٥/ ١)، كما عبر عنها القانون الفرنسي بلفظ *Manoeuvres* (م١١٦/ ١).

وهذه الأفعال المادية غير محددة في القانون، فكل ما يحدث من أقوال أو أفعال يترتب عليها وقوع الشخص في غلط جوهري، يعد من الحيل التدليسية في القانون المدني.

---

(١) راجع بالتفصيل: رسالتنا «الحيل في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي» جامعة عين شمس، ١٩٩٢، ص٥٧ وما بعدها.

ثانيهما: العنصر المعنوي: ويقصد به التضليل لدى المحتال، فلابد من قصد الإيقاع بالطرف الآخر وحمله على التعاقد، فإذا انخدع المتعاقد الآخر من تلقاء نفسه دون أن يتعمد الطرف الآخر خداعه - فلا يوجد تدليس، وهذا هو جوهر الفرق بين الغلط والتدليس، حيث يقصد بالتدليس الوقوع في الغلط نتيجة أعمال خارجية قصد بها إيقاع المتعاقد الآخر في غلط، أما الغلط فهو وهم تلقائي يتولد في ذهن المتعاقد، فيؤدي به إلى الوقوع في الغلط من تلقاء نفسه، وهذا ما دفع البعض إلى القول بأن نظرية الغلط في القانون المصري - خاصة بعد التوسع فيها - تغني عن التدليس، باعتبار أن كلا منهما يعيب الرضا، فالغلط وهم تلقائي، أما التدليس فإنه غلط مستثار[1].

والرأي عندي ضرورة إفراد التدليس بالقول بعيداً عن الغلط، باعتباره عيباً جوهرياً من عيوب الرضا، ومما يؤكد ذلك إفراد المشرع المصري القول فيه، وما جاء تبريراً لذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية[2].

ويختلف التدليس بهذا المعنى عن الغش على أساس أن التدليس يكون قبل انعقاد العقد وأثناء إنعقاده، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد أو خارجاً عن دائرة العقد، ولهذا فإن الغش أعم من التدليس، كما يختلف التدليس المدني عن النصب الجنائي حيث أن الاحتيال في هذا الأخير يعد عنصراً مستقلاً وهو أشد جسامة من التدليس المدني، ولذا يكون جريمة[3].

---

(١) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ك١، ١٩٨١، ص١٣٩. مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، ١٩٦٧، ص٣٩ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص٧٢ وما بعدها.

(٣) راجع في تفصيل ذلك: رسالتنا «الحيل في القانون المدني» ص٧٦ - ٨٦.

٥٢ ـ شروط الطعن بالتدليس:

يتضح من نص المادتين ١٢٥، ١٢٦ من القانون المدني المصري أن هناك ثلاثة شروط للتدليس هي:

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية:

وهي ما تسمى بالحيل التدليسية التي أشرت إليها في الفقرة السابقة، وسواء كانت هذه الحيل صادرة من المتعاقد الآخر أو من الغير، ولابد لهذه الحيل أن يتوافر فيها العنصرين السابقين، المادي والمعنوي. أما المادي فيتكون من كل قول أو فعل يؤدي إلى خداع المتعاقد وإيهامه بغير الحقيقة مما يدفعه إلى التعاقد. ويمثل للقول بالكذب الذي يؤدي إلى التضليل، بشرط أن يكون قد جاوز الحد المألوف في التعامل. فمدح التاجر لبضاعته بما ليس فيها لا يعد تدليساً يعيب الرضا. أما كذب التاجر بشأن بلد صناعة بضاعته، فإنه لا يعد مألوفا في التعامل، ومن ثم يعد هذا الكذب تدليساً.

ويمثل للفعل بكل موقف يؤدي إلى تضليل المتعاقد، ويدفعه إلى التعاقد كالإعلان عن شركة وهمية، وهو ما أطلق عليه البعض «المشروع الكاذب»[1].

وقد يكون التدليس كتماناً وهو عبارة عن السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة بشرط أن يثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة (م١٢٥/ ٢ مدني) كمن باع محلاً لآخر وكتم عن

(١) إدوارد غالي: «النصب ـ المشروع الكاذب» مجلة إدارة قضايا الحكومة (س١١، العدد ٣٠، ١٩٦٧، ص٨١٧ رقم ٦).

مشتريه صدور حكم بإغلاقه قبل إبرام البيع[1] . أما الامتناع عمداً عن الإفضاء ببيان لا يقتضي حقيقة العقد بيانه فإنه لا يعد تدليساً، إذ لو كان ذلك التزامًا على المتعاقد لكان فيه حرج شديد.

وأما المعنوي فهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، ويكفي للوقوف على هذا الغرض أن يكون القصد من استعمال الوسائل الاحتيالية هو إيهام المتعاقد بغير الحقيقة ودفعه إلى التعاقد.

الشرط الثاني: أن يكون التدليس دافعًا إلى التعاقد:

لكي يعيب التدليس الإرادة، يجب أن تكون الوسائل الاحتيالية دافعة إلى التعاقد، بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد، والمعيار هنا شخصي ينظر فيه إلى المدلس عليه لا إلى غيره، وبالتالي يختلف ذلك من شخص إلى شخص ويستنبطه قاضي الموضوع من سن المتعاقد وخبرته.

بيد أن القانون قد أقام قرينة تدل على أن التدليس الواقع كان دافعًا إلى التعاقد، حيث يعتبر التدليس كذلك في موضعين:

أ - أن يؤدي إلى وقوع المتعاقد في غلط، أي يحمله على توهم غير الحقيقة.

ب - أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أنه ما كان ليبرم العقد لولا وقوعه في الغلط الذي سببه له الخداع (م١٢٥/ ١ مدني).

---

(١) نقض مدني ١٥/ ٥/ ١٩٥٢ (مجموعة القواعد جـ٣ ص٨٣٤ رقم ١٨).

ولقد كان المشروع التمهيدي للقانون المصري يفرق بين التدليس الدافع إلى التعاقد، والتدليس الدافع إلى قبول شروط أشد، ويسمى الأول بالتدليس الأصلي ويجعله سببًا لإبطال العقد، في حين يسمى الثاني بالتدليس العرضي ويجعله سببًا للتعويض. وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بقواعد المسئولية التقصيرية، والحقيقة أنه لا فرق بين النوعين ما دام كل منهما يعتبر في ذاته دافعًا إلى التعاقد، خصوصًا وأن التفرقة بين النوعين قد تدق، الأمر الذي يجب معه عدم التفرقة بين النوعين[1] وهذا ما أخذ به القانون المصري في صيغته النهائية.

الشرط الثالث: أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر أو يكون على علم به أو من السهل عليه أن يتبينه:

يشترط في التدليس الذي يخول الحق في طلب الإبطال في القانون المصري أن يكون صادرًا من المتعاقد الآخر، يستوي في ذلك أن يكون هذا المتعاقد المدلس أصيلاً أو نائبًا، حيث أن الأصيل مسئول عن التدليس الحاصل منه أو من نائبه لأنه أساء اختيار نائبه، ومن المتفق عليه أن حسن النية في التعاقد يقتضي حماية المدلس عليه.

ولكن قد يقع التدليس من الغير، وفي هذه الحالة ليس للمدلس عليه أن يطعن في العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد معه كان يعلم بتدليس الغير، أوكان من المفروض حتمًا أن يعلم به، أومن السهل عليه أن يتبينه وذلك حماية

(١) السنهوري، جـ١، ص٣٥١، إسماعيل غانم، ص٢١٥. العطار، ص١٩٩. قارن جميل الشرقاوي، ص٣٣. توفيق فرج، بند ١٠٦، ص١٥١.

للمتعاقد حسن النية، واستقراراً للمعاملات (م١٢٦) فإذا لم يقع تدليس من المتعاقد الآخر، ولم يعلم هذا المتعاقد بالتدليس الواقع من الغيروليس في استطاعته أن يعلمه فإنه لايكون للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، وليس له إلا أن يطالب الغير الذي دلس عليه بالتعويض - إن كان له مقتضى - وفقًا لقواعد المسئولية التقصيرية.

٥٣ - أثر التدليس وإثباته:

إذا توافرت الشروط السابقة في التدليس، كان للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد لوقوعه في غلط نتيجة التدليس الواقع عليه، وتتقادم هذه الدعوى - كما في الغلط - بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علمه بهذا التدليس.

ويقع عبء إثبات التدليس - وفقًا للقواعد العامة - على الطرف المدلس عليه، فعليه أن يثبت الطرق الاحتيالية، وأنها هي التي دفعته إلى التعاقد وأنها قد صدرت من المتعاقد الآخرأوكان يعلم بها إذا كانت واقعة من الغيرويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن، باعتبار أن التدليس واقعة مادية، ويستقل قاضي الموضوع بتقديرالأدلة دون رقابة عليه من محكمة النقض، ما دام حكمه يقوم على أسباب سائغة[١].

(١) نقض مدني ١٣/ ٣/ ١٩٧٣ (مجموعة النقض المدني س٢٤ ص٣٩٦ رقم ٧).

الفرع الثالث: الإكراه:

٥٤ ـ تعريف:

يعرف الإكراه بأنه حمل الغير ـ بدون حق ـ على ما لا يرضاه، وفي نطاق التعاقد يعرف بأنه ضغط يقع على شخص المتعاقد، فيحدث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد.

فالإرادة موجودة لكنها ليست حرة فيما اتجهت إليه، ولذا كانت معيبة فإذا وصل الإكراه إلى حد إعدام الإرادة، كأن يمسك شخص بيد المكره ويستكتبه التوقيع عنوة، فإن الإكراه في هذه الحالة لا يعتبر عيبًا في الإرادة وإنما يؤثر في ذات الإرادة فيعدمها، ويكون جزاؤه البطلان المطلق لعدم وجود الإرادة[1] .

٥٥ ـ شروط الإكراه:

لقد بينت المادتان ١٢٧ ، ١٢٨ من القانون المدني شروط الإكراه، ويمكن توضيحها فيما يلي:

الشرط الأول: استعمال وسائل الإكراه لغرض غير مشروع:

فيلزم أن يكون هناك تهديد للمتعاقد ـ دون حق ـ بخطر يحيط به أوبغيره، في النفس أوالجسم أو الشرف أوالمال، كالتهديد بالخطف أوإحراق مال أوإفشاء أسرار فاضحة، وقد يقع التهديد للمتعاقد نفسه، وقد يقع لعزيز

---

(١) يفترق الإكراه عن الغلط والتدليس؛ حيث يرد الإكراه على عنصر الاختيار في الإرادة، بينما يرد الغلط والتدليس على عنصر الإدراك فيها.

لديه كابنه أو أباه، بحيث يوثر الخطر في اختياره، فينال من رضاه، وقد يقترن التهديد بأذى مادي كالضرب مثلاً، على أن الإكراه يتحقق بمجرد التهديد بخطر يحدث في نفس المتعاقد رهبة ولو لم يقترن بأذى مادي.

ويلزم أن يكون التهديد دون حق، بأن يكون الغرض منه غير مشروع سواء كانت وسيلة التهديد مشروعة كتهديد شخص بالإبلاغ عن جريمة ارتكبها إذا لم يوقع على عقد معين، أو كانت غيرمشروعة كالتهديد بالقتل.

ولا يتحقق الإكراه باستخدام النفوذ الأدبي إلا إذا كان ذلك لتحقيق غرض غيرمشروع. ومن باب أولى إذا اقترن النفوذ الأدبي بوسائل غير مشروعة للوصول إلى هدف غير مشروع، حيث يكون ذلك كافيًا لإبطال العقد[1].

الشرط الثاني: يجب أن يكون الإكراه على قدر من الجسامة، بحيث تكون الرهبة المتولدة عنه هي التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد، بمعنى أنه لولا هذه الرهبة لما أقدم المتعاقد على العقد، وينظر في ذلك إلى المتعاقد ذاته لا إلى الشخص العادي، فمعيار الرهبة هنا شخصي، ومع ذلك يجب أن تكون الرهبة قائمة على أساس، حتى لا يدعي أي متعاقد أنه وقع تحت تأثير إكراه، وتعتبرالرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيمًا محدقًا يهدده، أو غيره في النفس أوالمال أوالشرف، على أن جسامة الخطرأمريقدره قاضي الموضوع، ويراعي فيه مدى تأثير الخطرفي المتعاقد الذي يدعي الإكراه[2] فيراعي جنس من وقع عليه الإكراه

---

(١) نقض مدني ٩/ ٦/ ١٩٧٢ (مجموعة الأحكام س٢١ ص١٠٢٢).

(٢) العطار، ص١١١.

وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يوثر في جسامة الإكراه (م١٢٧/ ٣).

الشرط الثالث: أن يكون الإكراه صادراً من المتعاقد الآخر، أو يكون على علم به أو في استطاعته العلم به، وقد وضع هذا الحكم حماية لاستقرار التعامل بين الأشخاص، وحماية للمتعاقد الآخر حسن النية الذي لم يكن يعلم بالإكراه.

فالقانون يفرق بين حالتين بالنسبة لمصادر الإكراه:

الحالة الأولى: إذا كان الإكراه صادراً من المتعاقد الآخر، فيجوز للمكره أن يطلب إبطال العقد، وهذا لا يؤثر في استقرار التعامل بين الأفراد؛ لأن المكره سيء النية، فلا يحميه القانون.

الحالة الثانية: إذا كان الإكراه صادراً من شخص أجنبي عن العقد (الغير) وفي هذه الحالة يفرق بين أمرين:

أحدهما: إذا كان المتعاقد الذي لم يقع تحت تأثير الإكراه لا يعلم وليس في استطاعته أن يعلم بأن المتعاقد معه قد وقع تحت تأثير إكراه، فلا يحق لهذا المتعاقد (المكرَه) أن يطالب بإبطال التصرف، مراعاة للمتعاقد حسن النية، واستقراراً للتعامل بين الأفراد، وليس له في هذه الحالة إلا أن يرجع على المكره بالتعويض - إن كان له مقتضى - وفقًا لقواعد المسئولية التقصيرية.

ثانيهما: إذا كان المتعاقد الذي لم يقع تحت تأثير الإكراه يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم وقت إبرام الترصف، بأن المتعاقد الآخر واقع تحت تأثير

الإكراه، ففي هذه الحالة يجوز للمكرَه أن يطالب بإبطال التصرف جزاء لسوء نية المتعاقد الذي يعلم بالإكراه؛ لأن سوء النية غش والغش يفسد كل شيء (م١٢٨ مدني)، كما يحق للمتعاقد الواقع تحت تأثير إكراه أن يرجع بالتعويض على الشخص الذي أكرهه نتيجة الضرر الذي أصابه وفقًا للقواعد العامة[١].

الفرع الرابع: الاستغلال:

٥٦ ـ تعريف وتصور[٢]:

قبل أن نتعرض لتعريف الاستغلال، يجب علينا أن نبين فكرة الغبن أولاً؛ لأن نظرية الاستغلال ما هي إلا تطوير لنظرية الغبن، مع إدخال العنصر النفسي عليها.

والغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد ومايعطيه، ويستخلص من هذا التعريف:

أ ـ أن الغبن لايتصورإلا في عقود المعاوضات غير الاحتمالية، ولا يعتبروحده عيبًا في الإرادة، ولكنه عيب في العقد، أماعقود المعاوضات الاحتمالية كعقد التأمين، وعقود الهبات فلا يتصور فيها الغبن؛ لأن الأولى بطبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين، وأما الثانية فإن أحد المتعاقدين فيها يعطي ولا يأخذ، وبالتالي لا محل للكلام عن عدم التعادل

---

(١) عبد الخالق حسن، ص١١٤، ١١٥.

(٢) العطار، بند (٥٣). عبد الخالق حسن، ص١١٦. عبد الرازق حسن، بند (١٤٣).

بين ما أخذ وما أعطى.

ب - أن الغبن يقدر وقت تمام العقد، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت، ولا عبرة بتغيير القيم بعد ذلك.

جـ- أن الغبن يصعب الاحتراز عنه، حيث قد يكون الغبن يسيراً وهو مالا يمكن تجنبه في المعاملات كبيع سلعة تساوي عشرين جنيًا بأحدى وعشرين أوبتسعة عشر، وقد يكون الغبن فاحشًا، وذلك إذا تجاوزعدم التعادل فيه المألوف بين الناس، كبيع سلعة تساوي عشرين بثلاثين أوبعشرة، ولذا كان لابد من التسامح في الغبن اليسير، والوقوف عند الغبن الفاحش.

ويلاحظ أن الغبن المجرد لايصح أن يكون وسيلة للطعن في العقد إلا إذا افترضنا نشوءه عن تدليس؛ لأن لكل شخص أن يتصرف في أمواله بثمن عادل أو بغبن يسير أو فاحش، بل له أن يتبرع بها بغير عوض إطلاقًا.

وقد استثنى القانون من ذلك جواز الطعن في العقد للغبن المجرد في حالات خاصة منها:

١ - الفائدة: فلا يجوز أن يتفق على فائدة يزيد سعرها على سبعة في المائة، فإذا وقع مثل هذا الاتفاق وجب تخفيض الفائدة إلى سبعة في المائة ورد ما دفع زائداً على هذا القدر (م٢٢٧/ ١ مدني).

٢ - بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية؛ فإذا وقع في هذا البيع غبن يزيد علي الخمس، كان للبائع أن يطالب تكملة الثمن إلي أربعة أخماس

ثمن المثل وقت البيع (م٤٢٥/ ١مدني).

٣ ـ الشركة: فإذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً (م٥١٥/ ١مدني).

٤ ـ القسمة: إذا حصلت القسمة بالتراضي ولحق أحد المتقاسمين منها غبن يزيد على خمس القيمة وقت القسمة، جاز له أن ينقضها خلال السنة التالية لوقوعها، ويستطيع المدعي عليه أن يتوقي ذلك إذا أكمل للمدعي مانقص من حصته (م٨٤٥مدني).

٥ ـ الوكالة: إذااتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعًا لتقديرالقاضي، فإذا وقع غبن في ذلك وجب رده ولو طواعية بعد تنفيذ الوكالة (م٧٠٩/ ٢).

ويلاحظ أن حد الغبن الفاحش في القانون المصري هو مايزيد على الخمس كقاعدة عامة. وقد استحدث القانون المصري جريًا وراء التشريعات الأجنبية حكمًا يجيز الطعن في العقد إذا كان هذا الغبن ناشئا عن استغلال، وقد نص على الأخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال في المادة ١٢٩ منه، وحرص على النص على أن يراعى في تطبيق هذه المادة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة (م١٣٠ مدني).

ومن هذا التطور يمكن الوصول إلى تعريف الاستغلال بأنه هو عدم التعادل بين مايأخذه المتعاقد وما يعطيه، الناشيء عن استغلال أحد الطرفين لحالة ضعف (طيش بين أوهوى جامح) يوجد فيهاالمتعاقد الآخرالمغبون

والذي كان ضحية تلك الحالةالتي وجد فيهاواستغلها الطرف الآخر.

ويختلف الغبن عن الاستغلال في ثلاثةأمور:

١ ـ الغبن لايتصورإلا في المعاوضات المحددة، ولا يكون في التبرعات، أما الاستغلال فيصح أن يقع في جمع التصرفات.

٢ ـ الغبن يقاس بمعيار مادي، فينظر فيه إلى القمية بحسب سعرالسوق، ليتحدد التفاوت الذي يتحقق معه الغبن، أما الاستغلال فالمعيار فيه معيار شخصي لامادي.

٣ ـ الغبن عيب في العقد؛ لأنه يتحقق بمجرد التفاوت المادي المقدر له، حتى ولو كانت إرادة المتعاقد المغبون سليمة، أما الاستغلال فهوعيب في الإرادة؛ لأنه ـ فضلاً عن التفاوت غيرالمألوف ـ لابد أن يستغل فيه المتعاقد ضعفًا في المغبون، بحيث تفسد إرادته، ويندفع إلى التعاقد تحت تأثيرهذا الاستغلال[١].

وبهذا يتضح أن الاستغلال لايكفي فيه الوقوف على الجانب المادي فقط، ولكن ينظر فضلاً عن ذلك إلى الجانب النفسي[٢].

٥٧ ـ شروط الطعن بالغبن الناشئ عن الاستغلال:

يتضح من نص المادة ١٢٩ من القانون المدني أنه يشترط لذلك ما يلي:

---

(١) محمد الفقي، بند (٨٨)، ص١٦٢.

(٢) توفيق فرج، بند (١١٥)، ص١٦٣.

أولاً: عدم التعادل بين الالتزامات، وهو ما يطلق عليه بالعنصر المادي للاستغلال، حيث يجب أن يكون عدم التعادل هذا فاحشًا ـ كما ذكرت ـ والقاضي هو الذي يقدر فداحة الاختلال، وعند تقديره يجب على القاضي ألا ينظرإلى قيمة الشيء المادية، وإنما ينظر إلى قيمة الشيء الشخصية من وجهة نظر المتعاقد(١) .

بيد أن عدم التعادل هذا واضح في عقود المعاوضات المحدودة، ولكن الخلاف حدث بالنسبة لعقود التبرعات، حيث ذهب البعض إلى قصر نظرية الاستغلال على عقود المعاوضات دون التبرعات، وهوما يتفق مع فكرة الغبن التي لا تتصور إلا في المعاوضات(٢) .

في حين ذهب البعض الآخر ـ وأرى أنه الأرجح ـ أن نظرية الاستغلال يمكن تصورها في التبرعات كما يمكن تصورها في المعاوضات، حيث أن نص القانون لا ينفي ذلك، وكان المشروع التمهيدي للقانون المصري يصرح بذلك ولكنه حذف باعتباره من قبيل التزيد، فضلاً عن أن في التبرعات لا يحصل المتبرع على مقابل قط، وقد يتم ذلك نتيجة استغلال(٣) .

ثانيًا: استغلال ما لدى المتعاقد من طيش بين أو هوى جامح . فيشترط أن

---

(١) جمال الدين زكي، بند (٩١) ، ص١٥٦ .

(٢) جمال الدين زكي، ص١٨٣ ـ ١٨٥ . جميل الشرقاوي، ص١٥٥ .

(٣) السنهوري، جـ١ ، ص١٩٦ . إسماعيل غانم، ص٢٢٨ . توفيق فرج، ص١٦٤ ، هامش (٣).

يكون عدم التعادل ناشئًا عن استغلال، وقد حدده القانون بأن يكون في صورة طيش بين أو هوى جامح، وهذا ما يطلق عليه العنصر النفسي للاستغلال، وهو ما يجعل الغبن مكونًا لعناصر الاستغلال، ويشترط في الطيش الذي يستغله الطرف الآخر أن يكون بينًا، أي على درجة من الوضوح، ويقصد به هنا عمد الاكتراث بنتائج ما يقدم عليه المتعاقد من تصرف، كأن يرث شاب في مقتبل العمر ثروة كبيرة، فيخضع تحت تأثير المستغلين في شراء أمواله مستغلين حاجته إلى النقود، فيبيعها بثمن بخس، ويقصد بالهوى هناالرغبة الشديدة التي تفقد الشخص سلامة الحكم على ما يهواه، ويجب أن يكون جامحًا أي موثرًا، كأن ترغب امرأة متزوجة في الزواج من رجل آخرغيرزوجها، فتعطي له مالا كثيرًا كي يطلقها وتستطيع بذلك أن تتزوج الرجل الآخر. وقد ضيق القانون من حالات الاستغلال على هذا النحو لصعوبة معيار الاستغلال، كما ترك تحديد أمرالطيش البين والهوى الجامح لتقدير القاضي[1].

ثالثًا: أن يكون الاستغلال هوالدافع إلى التعاقد، ولا يكون كذلك إلاإذا كان المتعاقد ما كان ليبرم العقد لو لم يقع في الاستغلال، وهذا أمر نفسي. كما يجب أن يعلم به الطرف الآخر، وأن يقصد استغلاله، فإذا لم يعلم ذلك أوعلم ولم يقصد أن يستغل الطرف الذي به طيش بين أو هوى جامح، في هذه الحالة لايحق للطرف المغبون أن يطالب بإبطال العقد[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص٢٠١.

(٢) سليمانمرقس، الوجيز ي شرح القانون المدني، جـ٢، بند (٢٠٣)، ص١٧٩.

وعبء إثبات الاستغلال يقع على الطرف المغبون، ويستطيع أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، باعتبار أن الاستغلال واقعة مادية.

٥٨ ـ أثر الاستغلال:

تنص المادة ١٢٩/ ١ (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه . . . جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أوأن ينقص التزامات هذا المتعاقد).

يتضح من هذا النص أن أثر الاستغلال ينحصر في أمرين:

الأول: إبطال العقد: حيث يحق للطرف المغبون أن يطالب بإبطال العقد ـ متى توافرت الشروط السابقة ـ ولكن القاضي غيرملزم بأن يقضي بالإبطال، بل له أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد وهذا هوالأمر الثاني.

الثاني: إنقاص الالتزامات. فقد يكتفي القاضي بإنقاص التزاما ت المتعاقد المغبون دون أن يجيبه إلى طلبه بإبطال العقد. وقد أعطى القانون هذا الحق للقاضي، فله أن يحكم به، ولارقابة عليه من محكمة النقض، ولايعتبرذلك تغييرًا في طلبات المدعي؛ لأن حق الإنقاص بالنسبة للقاضي مستمد من القانون[١].

وكما يجوز للقاضي إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، فإنه يجوز له كذلك أن يزيد من التزامات المتعاقد الآخر معه لتحقيق التعادل بين التزامات

---

(١) عبد الخالق حسن، ص١٢٧.

كل من الطرفين (م١٢٩/ ٣). ويجب أن ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة (م١٢٩/ ٢). ويلاحظ أن هذه المدة قصيرة بالنسبة لبقيةعيوب الرضا الأخرى، الغلط والتدليس والإكراه، حيث مدة رفع الدعوى فيها ثلاث سنوات، ويبدو أن هذه المدة كشفت عن مدى تردد المشرع المصري في الأخذ بفكرة الاستغلال، لأنه لم يسو بين الاستغلال وغيره من عيوب الرضا.

* * *

الفصل الثاني

المحـــل

٥٩ ـ تمهيد وتقسيم :

عرفنا فيما سبق أن للعقد ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب، وقلنا إن من الفقهاء من يعتبر أن المحل والسبب ركنان في الالتزام لا في العقد، ومنهم من يعتبرأن المحل ركن في العقد والسبب ركن في الالتزام. وأيًا ما كان الأمرفإن المشرع المصري عرض للمحل في المواد من ١٣١ إلى ١٣٥ تحت عنوان «أركان العقد» مما يوحي بأنه يعتبرالمحل ركنًا في العقد لا في الالتزام، ولكنه في النصوص الخاصة بالمحل يتكلم عنه باعتباره محلاً للالتزام.

ولما كان العقد عبارة عن توافق إرادتين على إنشاء التزامات، فإن إنشاء هذه الالتزامات هي التي تعتبر محلاً للعقد، والالتزام بدوره لاينشأ إلا إذا كانله محل، ومن ثم فإن وجود محل للالتزام يعد في الوقت ذاته شرطًا لنشأة الالتزام الذي هومحل العقد، ولذلك جاز أن يعتبر محل الالتزام في نفس الوقت محلاً للعقد ذاته[1].

---

(١) لبيب شنب، بند (١٥٠) ص١٩٢، ويلاحظ أن من الفقهاء من يميز بين محل الالتزام ومحل العقد، فمحل الالتزام هوالأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو قد يكون عملاً أو امتناعًا عن عمل أو إعطاء شيء. في حين يكون محل العقد العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراءالعقد، وبديهي فإن لكل عقد محل. (الصدة، مصادر الالتزام بند ١٩٧ ص٢٣١. عبد الحي حجازي، الالتزام في ذاته ط١٩٥٤، ص٩٦ ومابعدها).

ويلاحظ أن لكل التزام محل أيًا كان مصدره، غير أن أهمية دراسة محل الالتزام لا تظهر إلا في الالتزام الإرادي، لأن الالتزامات التي تنشأ عن مصادر غير إرادية يحدد القانون محلها، ولذلك لايتصورأن يكون محلها غير مستوف للشروط التي يحددها القانون، بعكس الالتزام الإرادي، حيث تحدد محله الإرادة، ولذلك فمن الممكن أن يكون غير مستوف للشروط التي يتطلبها القانون، ومن هنا ظهرت أهمية دراسة محل الالتزام الإرادي، لاسيما التعاقدي منه[1] .

وبهذا يتضح أن الشروط التي وضعها المشرع لمحل الالتزام هي في ذات الوقت شروط محل العقد، وهي التي عالجها القانون في المواد من ١٣١ إلى ١٣٥ ، ولذا سنطلق عليها فقط «شروط المحل» وهذه الشروط الواردة في القانون هي:

أن يكون المحل موجودًا أوممكنًا (م١٣١ ، ١٣٢) وأن يكون معينًا أو قابلاً للتعيين (م١٣٣ ، ١٣٤) وأن يكون قابلاً للتعامل فيه (١٣٥) أي مشروعًا، ولذا سوف نبحث هذه الشروط الثلاثة في المباحث التالية:

---

(١) محمد الفقي، بند(٩٦) ص ١٧٥

المبحث الأول

أن يكون المحل موجوداً (أو ممكناً) أو قابلاً للوجود

٦٠ ـ محل الالتزام (العقد) إما أن يكون إعطاء شيء، وإما أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، فإذا كان إعطاء شيء وجب أن يكون هذا الشيء موجوداً وإذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون ممكناً، لأن العمل أو الإمتناع لا يمكن وصفه بالوجود؛ لأنه ليس له صفة مادية، ولذا لا يوصف إلا بالإمكان فالوجود في الالتزام بإعطاء يقابل الإمكان في الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.. ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

٦١ ـ أ ـ أن يكون المحل موجوداً:

إذا كان محل الالتزام نقل شيء أو إنشاء حق عيني (التزام بإعطاء) فإنه يجب أن يكون هذا الشيء موجوداً وقت إبرام العقد، أو على الأقل أن يكون قابلاً للوجود في المستقبل، فمن يتعاقد على سلعة مملوكة له وموجودة لديه، كان تعاقده صحيحاً، ومن يتعاقد على بيع سلعة سيقوم بشرائها من السوق كان تعاقده صحيحاً أيضاً.

إما إذا كان هذا الشيء غير موجود، أو كان موجوداً ثم هلك قبل قيام الالتزام، فإن العقد لا يقوم لعدم وجود المحل كأن يبيع شخص حصاناً ثم يتضح أنه قد نفق، فالعقد لا يقوم ويقع البيع باطلا لعدم وجود المحل، فإن كان الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام ثم هلك بعد ذلك، فإن الالتزام ينشأ

صحيحًا، وينعقد ذلك العقد، ولكن تنفيذه يكون مستحيلاً فينفسخ العقد، ويلتزم المدين بالتعويض إن كان الهلاك راجعًا إلى تقصيره[1] . فإن كان الهلاك بسبب أجنبي انفسخ العقد من تلقاء نفسه. ويتحقق الوجود دائمًا في المثليات، حيث لايتصوربطلان العقد لعدم وجود المحل، باعتبارأن المثليات لا تهلك، وإنما يقتصر الهلاك فقط على القيميات.

وقد أجاز القانون بنص صريح (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلا م١٣١/ ١) التعامل في الأشياء المستقبلة، ويعد معه العقد صحيحًا، ما دام وجوده في المستقبل أمرًا جائزًا، كبيع حاصلات زراعية قبل النضج، وبيع منزل قبل بنائه، وهذا من الناحية العملية كثير الوقوع، أما إذا كان الشيء المستقبل غير ممكن الوجود مستقبلاً، فإن الالتزام يكون باطلاً، كبيع سمك في الماء أوطير في الهواء.

ويستثنى من ذلك أن المشرع قد يحرم صوراًخاصة من التعامل في الشيء المستقبل كما فعل في هبة المال المستقبل أو رهنه، فنص على أن «تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة»[2] ، وعلى أن «يقع باطلاً رهن المال المستقبل»[3] ، وقد يحرم المشرع جميع صور التعامل في نوع معين من المال المستقبل، كما فعل بالنسبة إلى التركة المستقبلة، ولأهمية هذا الاستثناء نص عليه صراحة (م١٣١/ ٢) ولذا سنزيده إيضاحًا فيما يلي:

---

(١) سمير تناوغ، بند (٦١) ص٦٩.

(٢) م ٤٩٢ مدني.

(٣) م ١٠٣٣/ ٢ مدني.

٦٢ ـ التعامل في التركة المستقبلة:

يجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً، ومع ذلك فإن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون (م١٣١).

والتركة هي مجموع مايتركه الشخص من حقوق والتزامات عند موته، والتعامل فيها الذي يجعله القانون باطلا هو التعامل في ذاتها سواء مجموعها أو جزء منها أو في حصة شائعة فيهاأو في مال معين بالذات باعتباره داخلاً في عناصرها[1] لأن التركة المستقبلة لاوجود لها في الحقيقة، فمن يتعامل بشأن تركة مستقبلة لا يكون له سوى حق احتمالي قد يوجد، وقد لايوجد؛ إذ قد يتوفى الشخص دون أن يخلف تركة.

والتعامل المحظور في التركات المستقبلة قد يقع من صاحب التركة ذاته وقد يقع من شخص غيره كوارث مثلاً، وكلا التصرفين باطل حتى ولو تم برضاء المورث. لأنه إذا كان المتعامل هو صاحب التركة فإن تعامله أشبه بعملية الميراث، في حيث أن قواعد الميراث من النظام العام، لا يجوزالاتفاق على مخالفتها، ويعتبر التعامل عليها أثناء حياة المورث، مخالفةلأحكامها، حيث أن من أهم شروط الميراث، تحقق وفاة المورث. أما إن كان التعامل من غير صاحب التركة، فعلة الحظر تكمن في كبح جماح هذا التعامل؛ لأنه ربما يتعامل كوارث ويدفعه ذلك إلى بيع ماسيؤول إليه في المستقبل من أموال بثمن بخس جريًا وراء منفعةحالة.

---

(١) لبيب شنب، ص ٢٠١.

ويعتبر التصرف في التركة المستقبلة باطلا أيًا كان نوعه، بيعًا أو هبة أورهنًا أوإيجاراً أو قرضًا، أوغيرذلك من التصرفات، فكل تعامل في التركة المستقبلة باطل بطلانًا مطلقًا، ولا يستثنى من ذلك إلا الأحوال التي نص عليها القانون كالوصية (م٩١٥مدني) وقسمة الورثة لأعيان التركة بمقتضى وصية (م٩٠٨ ـ ٩١٣مدني).

على أنه يجب عدم الخلط بين حظر التعامل في التركة المستقبلة، وبين حق الشخص في التصرف في أمواله ولو كلها، مادام هذا التصرف يسري حال حياته.

٦٣ ـ ب ـ أن يكون المحل ممكنا:

إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعًا عن عمل فيجب أن يكون ممكنًا، فإذا كان المحل مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً، حيث لا التزام بمستحيل، واستحالة المحل التي تبطل العقد هي الاستحالة المطلقة ـ سواء كانت طبيعية أو قانونية ـ وهي كل مايجعل تنفيذ العمل المعقود عليه غيرممكن للملتزم به ولغيره، فهي استحالة موضوعية ترجع إلى ذات المحل المعقود عليه[1]. كاستحضار خامات من القمر بغير طيران إليه وغير ذلك مما يسمى بالاستحالة الطبيعية[2]. وكتعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد فوات ميعاده.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص٢١٣.

(٢) العطار، ص٦٣، قارن جميل الشرقاوي ص١٩٥ حيث يرى أن الاستحالة الطبيعية نسبية لا مطلقة.

أما الاستحالة النسبية للمحل فهي مايجعل تنفيذ العمل المعقود عليه غير ممكن للملتزم به، وإن كان ممكنا لغيره، كتعهد طيارباستحضار خامات من القمر، دون أن يكون من الطيارين الذين تجرى عليهم أبحاث الفضاء، فهذا أمرغير ممكن لهذا الطيار وإن كان ممكنًا لغيره. وهذه الاستحالة النسبية لاتبطل العقد، وإنما ينعقد صحيحًا، ويلزم المدين بالتعويض إذا لم يقم بالوفاء بماالتزم به في العقد، وقد يتمثل التعويض في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، ويكون للدائن كذلك الحق في فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

وينشأ العقد صحيحًا إذا كان المحل ممكنًا عند انعقاده، حتى لواستحال تنفيذه بعد ذلك، غير أن استحالة التنفيذ بعد انعقاد العقد تجعله قابلاً للفسخ إذا كان ملزمًا للجانبين، سواء كانت الاستحالة مطلقة أونسبية، مع مايترتب على الفسخ من أحكام، وينفسخ من تلقاء نفسه إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي عن العقد[١].

---

(١) العطار، ص٦٤.

المبحث الثاني
أن يكون المحل معينا أو قابلاً للتعيين

٦٤ ـ تعيين المحل في الالتزام بإعطاء:

يشترط أن يكون محل الالتزام معينًا بذاته، فإذا لم يكن معينًا بذاته وجب أن يكون معينًا بنوعه أو مقداره (م١٣٣/ ١) ولا شك أن تعيين المحل ينبئ غالبًا عن علم المتعاقدين به، واتفاقهما عليه، وبذلك يتم العقد عن تراض، فإذا كان المحل نقل أوإنشاءحق عيني، وجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق معينًا أو قابلاً للتعين، والشيء إما أن يكون قيميًا أو مثليًا.

فإذا كان الشيء قيميًا وجب تعيينه بذاته، كمنزل كذا رقم كذا في شارع كذا. . الخ، ويجب تعيينه تعيينا نافيًا للجهالة، بحيث لا يختلط بغيره، وذلك بتحديد معالمه الرئيسية وأوصافه التي تعين ذاتيته، وتختلف طريقة التعيين باختلاف طبيعة الشيء، فتعيين المنزل يختلف عن تعيين السيارة. . . وهكذا.

أما إذا كان المحل شيئًا مثليًا فإنه يعين بذكرجنسه ونوعه ومقداره كخمسة أرادب قمح صومالي مثلاً أو عشرة قناطيرقطن مصري، ويكفي أن يكون المحل معينًا بجنسه ونوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره كما إذا تعهد شخص بتوريد الخبزاللازم لمدرسة تحتوي على مائة تلميذ، وإذا كان المحل ممانتفاوت درجة جودته، فإنه يجب الاتفاق على درجة الجودة، فإذا لم

يتفق الطرفان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئًا من صنف متوسط (١٣٣/ ٢).

وقد يكون محل الالتزام نقودًا، وهي أشياء مثلية تُعيَّن بجنسها ونوعها ومقدارها. فإنه يجب تعيينها وفقًا لطبيعتها؛ كأن يذكر عددا معينا من الجنيهات المصرية مثلاً، وبالتالي يلتزم المدين بالقدر المتفق عليه، ولايتأثر هذا القدر بارتفاع أو انخفاض قيمةالنقود وقت الوفاء (م١٣٤).

٦٥ ـ تعيين المحل في الالتزام بعمل أوامتناع عن عمل:

إذا كان محل الالتزام عملا أوامتناعًا عن عمل، وجب أن يكون معينًا أوعلى الأقل قابلاً للتعيين، ويتعين المحل إذا كان عملاً ببيان ماهيته مع بيان وقته أو نتيجته أوالعناية اللازمة فيه، وقد يستخلص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد، فتعهد مقاول بإقامة بناء يوجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته، فإذا لم تذكرهذه المواصفات فيكفي أن يشتمل العقد علي العناصرالتي تجعل البناء قابلاً للتعيين، كما في حالةالاتفاق على إقامة مدرسة لعدد معين من الطلاب، فإذا لم تذكرالمواصفات ولم تتوفر مثل هذه العناصر فلا يقوم الالتزام، ولا ينعقد العقد.

ويتم تعيين المحل غالبًا باتفاق الطرفين، ولايجوزترك تعيينه لمحض إرادة أحد المتعاقدين، حتى لايصبح المتعاقد الآخرتحت رحمته، بل يجب تعيين المحل أوجعله قابلاً للتعيين بإرادة المتعاقدين معًا، ما لم يستخلص هذا التعيين من العرف أومن ظروف التعاقد.

ويجوز قانونًا أن يعهد لأجنبي من غير المتعاقدين بتعيين المحل، كما يجوز أن يكون المحل معينًا عن طريق العرف السائد، وقد يتم التعيين بواسطة القانون، كما هو الحال بالنسبة لأجرة الأرض الزراعية، والتي يحددها القانون الجديد باثنين وعشرين مثلا للضريبة العقارية[1].

فإذا لم يتم التعيين بواحد من ذلك كان المحل مجهولا، وبالتالي لايقوم الالتزام ولاينعقد العقد.

المبحث الثالث

أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه

٦٦ ـ الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها:

يجب أن يكون الشيء قابلاً للتعامل فيه حتى يصلح أن يكون محلاً للالتزام، وعدم قابلية الشيء للتعامل إما أن يرجع إلى طبيعته، أو بسبب الغرض المخصص له، أو لعدم مشروعية التعامل فيه.

فالشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه نظرًا لطبيعته، وذلك كالشمس والهواء، حيث أنها مخصصة لاستعمال الكافة بواسطة الطبيعة، على أنه إذاأحرزت أجزاء منها امتلكت وجاز التعامل فيها، وصح بذلك أن تكون

(١) م ٣٣ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ بتعدل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢.

محلاً للالتزام. كماهوالحال بالنسبة للهواء المضغوط. وقد يكون الشيء غيرقابل للتعامل فيه بسبب الغرض الذي تخصص له، كدواوين الحكومة والمساجد. فهذه أموال عامة مخصصة للمنفعة العامة، فلا يجوز التعامل فيها، وذلك لتعلق حق الجماعة بها[1]. على أنه يلاحظ أنه يجوزالتعامل في المال العام بمالايتعارض مع تخصيصه للنفع العام، كما هوالحال بالنسبة لإيجارالأموال الأميرية.

وأخيراً قد تخرج الأشياء أوالأعمال عن دائرة التعامل بسبب عدم مشروعيتها، بيد أن لفظ المشروعية لم يلق التحديد الواضح من قبل فقهاء القانون، غيرأن القانون اعتبر كل ما يوافق النظام العام والآداب يكون مشروعًا، أما ما يخالفهما فإنه يكون غير مشروع، بيد أن فكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة لم تلق التحديد الواضح، ولذا فإنها تختلف من مكان إلى آخر ومن بلد إلى آخر ومن زمان إلى زمان غيره[2].

٦٧ ـ مشروعية المحل:

يشترط لكي يكون المحل داخلاً في دائرة التعامل أن يكون مشروعاً والمشروعية في القانون المدني تعني عدم المخالفة للنظام العام والآداب ولهذاعبرالمشرع عن هذا الشرط بقوله «إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أوالآداب كان العقد باطلاً» (م١٣٥)، فإذا تحققت المخالفة على هذا النحو، كان محل الالتزام غيرمشروع، وهذا هو وصف جميع الأعمال التي

(١) م٨٧/ ٢ مدني.

(٢) راجع معنى المشروعية: رسالتنا «الحيل في القانون المدني» ص٢٤٥ ـ ٢٥٣.

يحرمها القانون، يستوي في ذلك قانون العقوبات كالقتل والسرقة وإدارة أماكن للدعاة أوالقمار، حيث تعتبر كلها أعمالاً غير مشروعة، وبالتالي لا تصلح محلا للالتزام، وأيضًا القانون المدني كحظرالتعامل في المخدرات، حيث لايصح أن يكون ذلك محلاً للالتزام لمخالفة كل ذلك للنظام العام والآداب.

وفكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة، وإن كان يمكن وضع ضوابط تجمع شيئًا من مرونتها بأن النظام العام هومجموعة القواعد التي تنظم المصالح الأساسية في المجتمع، سواء كانت مصالح سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية.

أماالآداب فهي مجموعة القواعد والأسس الأخلاقية السائدة التي يرى المجتمع أنها ضرورية لحفظه من الانحلال[١].

وأخيراً يلاحظ بأنه إذا كانت دائرة المشروعية في القانون ترسمها فكرة النظام العام والآداب، فإن دائرة المشروعية في الفقه الإسلامي ترسمها دائرة الحلال والحرام، والفارق بينهما واضحًا، فمثلا تعامل المسلم في الخمر لا يجوز في الشريعة الإسلامية، بيما هوجائز في القانون المصري، وهذا هوالفرق بين المشروعية في القانون والمشروعية في الفقه الإسلامي.

* * *

---

(١) حسن كيرة، أصول القانون، بند (٣٥).

الفصل الثالث

السبب

٦٨ ـ تعريف وتقسيم:

يمكن التمييز بين السبب والمحل بتوجيه السؤال الآتي: بماذا التزم المدين؟ والجواب عن هذا السؤال هوالمحل، أما لماذا التزم المدين؟ فالجواب عنه هوالسبب، وبهذا المعيار السهل يمكن أن نفصل بين المحل والسبب باعتبار أن كلاً منهماركن من أركان العقد(١).

ويطلق السبب ويراد به واحد من ثلاثة معان:

أ ـ فقد يطلق السبب بمعنى المصدر، فيكون سبب التزام البائع مثلاً بتسليم المبيع، والتزام المشتري بالوفاء بالثمن هوعقد البيع المبرم بينهما، ويسمى السبب في هذه الحالة «بالسبب المنشئ». وهذاالسبب قد يكون العقد ـ كما ذكرنا ـ وقد يكون الإرادة المنفردة أوالعمل غيرالمشروع أوالإثراء بلا سبب أوالقانون.

ب ـ وقد يطلق السبب ويراد به الغرض المباشر القريب الذي يرمي إليه

---

(١) أكثرالفقهاء يفرق بين سبب الالتزام وسبب العقد، فسبب الالتزام هوالسبب القصدي، وسبب العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وقد وجد هذا التمييز صراحة في بعض التشريعات، كقانون الموجبات والعقود اللبناني (م١٩٤). أما القانون المصري فلا نجد فيه تمييزاً صريحًا بين هذين السببين، بل تخلط نصوصه وفقًا للرأي الراجح بين سبب العقد وسبب الالتزام، وهذا ما نميل إليه (العطار، ٧٦. لبيب شنب ص٢٠٢).

المتعاقد من وراء التزامه، فمثلاً: التزام البائع بتسلم المبيع سببه هوالتزام المشتري بدفع الثمن، ويسمى السبب في هذه الحالة «بالسبب القصدي».

جـ- وأخيراً يطلق السبب ويراد به الباعث الدافع إلى التعاقد، فالتزام البائع بتسليم المبيع، سببه أنه يريد الحصول على ثمنه لينفق منه أو غير ذلك من البواعث النفسية، كما أن التزام المشتري بدفع الثمن سببه الحصول على المبيع لاستعماله وإستغلاله، ويسمى السبب في هذه الحالة «بالسبب الدافع».

والسبب بالمعنى الأول خارج عن نطاق نظرية السبب، وبالتالي ليس هو موضوع دراستنا، أما السبب بالمعنى الثاني والثالث فهما يتنازعان فكرة السبب في هذه النظرية، فالمعنى الثاني يعبر عن النظرية التقليدية، في حين يعبر المعنى الثالث عن النظرية الحديثة للسبب، ولهذا سوف نعرض للسبب كركن في العقد- وفقا للرأي الرجح- في ثلاثة مباحث متتالية: حيث نعرض للنظرية التقليدية للسبب في مبحث، والنظرية الحديثة في مبحث آخر وأخيرا نعرض لنظرية السبب في القانون المدني المصري.

المبحث الأول

النظرية التقليدية في السبب

٦٩ ـ السبب في هذه النظرية هو السبب القصدي:

يأخذ أنصار النظرية التقليدية في السبب، بالسبب القصدي، الذي هو الغرض المباشر القريب الذي يقصده الملتزم من التزامه، وهو واحد لا يتغير في الطائفة الواحدة من العقود، فجميع عقود البيع يكون سبب التزام البائع فيها بالتسليم هو التزام المشتري بدفع الثمن، وهكذا في كل عقود المعاوضات الملزمة للجانبين. وفي العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد كالوعد بالبيع مثلا، حيث نجد أن السبب هوالغرض المباشر القريب الذي يرمي إليه الواعد، وهو اتمام العقد النهائي، وفي عقود التبرع كالهبة مثلا: نجد أن السبب القصدي هو نية المتبرع بصرف النظر عن بواعث هذا التبرع، وأخيرا نجد أن السبب في العقود العينيةوالتي يلزم فيها التسليم لتمام العقد، هو واقعة التسليم، فسبب التزام المقترض بدفع مبلغ القرض هو سبق تسلمه هذا المبلغ من المقرض.

وخصائص السبب القصدي عكس خصائص السبب الدافع، فالسبب القصدي شئ داخل في العقد يستخلص من عبارات العقد، في حين أن السبب الدافع أمر خارج عن العقد، فلا يذكر فيه حتما، كما أن السبب القصدي موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم، بخلاف السبب الدافع الذي يتميز بأنه شخصي لإنه باعث نفسي، وبالتالي يرجع إلى نية الملتزم وما تأثر به

من دوافع، وأخيرا يعتبر السبب القصدي ثابت لا يتغير فهو واحد في كل طائفة من العقود.

أما السبب الدافع فإنه يتغير لا في كل طائفة من العقود بل في كل عقد على حدة ولو في الطائفة الواحدة(١) .

٧٠ـ شروط السبب في النظرية التقليدية :

يشترط انصار النظرية التقليدية في السبب ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يكون السبب موجودا

يجب أن يكون السبب موجودا ، وإلا كان باطلا ، فلو هلك الشئ المبيع قبل إبرام العقد، فإن التزام المشتري بدفع الثمن يكون باطلا لعدم وجود السبب الذي هو التزام البائع بتسليم المبيع وهو السبب القصدي، ومعنى هذا أن كل التزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب، فالالتزام الذي ليس له سبب، هو التزام غير موجود، فإذا أكره شخص على توقيع سند بدين لم يأخذه، فإن هذا التعهد يكون بغير سبب، ومن ثم يكون باطلا(٢) . مثال ذلك ما يسمى بسند المجاملة(٣) .

الشرط الثاني : أن يكون السبب صحيحا .

يجب أن يكون السبب صحيحا ، فإذا كان السبب غير صحيح فلا يوجد

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٣٥ ، العطار ، ص ٧٥ .

(٢) عبد الخالق حسن ، ص ١٥١ .

(٣) راجع في تفصيل سند المجاملة، المرجع السابق، العطار ، ص ٧٧ .

التزام، ويقع باطلا. ويتحقق عدم صحة السبب في حالتين:

الأولى: الغلط في السبب:

في هذه الحالة يتوهم أحد المتعاقدين سببا لا وجود له في الحقيقة، في السبب في هذه الحالة موهوما أو مغلوطا، كأن يتعهد وارث بالوفاء كان على مورثه، حتى يسمح له بالتصرف في أعيان التركة، ثم يتضح ل ذلك أن مورثه قام بسداد هذا الدين قبل الوفاة، في هذه الحالة يكون ال باطلا لعدم وجود السبب، لإنه سبب موهوم لا وجود له.

الثانية: السبب الصوري:

قد يكون السبب صوريا أي مخالفا للحقيقة، والصورية في ذاته سببا لبطلان التصرف. وإنما يبطل التصرف لسبب آخر[1]، ح العبرة بحقيقة ما يراد إخفاؤه بهذه الصورية، ويجب هنا أن نفرق من الصورية، ففي حالة الصورية المطلقة، أي عدم وجود عقد أصلا يبيع الشخص أطيانا إلى قريب له ليوفر له النصاب المقرر للترشيح. ما بيعا صوريا، أي لا وجود له في الحقيقة «ورقة الضد». ففي هذه يكون البيع باطلا لعدم وجود السبب.

أما إذا كانت الصورية نسبية، أي أن السبب الظاهر يخفي وراءه آخر حقيقيا، كأن يخفي المتعاقدان دين قمار تحت ستار دين قرض، العبرة في هذه الحالة بالسبب الحقيقي، فإن كان مشروعا كان العقد صـ

(١) انظر: رسالتنا «الحيل في القانون المدني» ص ١٧٢.

وإلا كان باطلا، و لا يرجع البطلان في هذه الحالة للصورية، وإنما يرجع لعدم مشروعية السبب، بدليل أن السبب لو كان مشروعا كان العقد صحيحا بالرغم من وجود الصورية.

الشرط الثالث: أن يكون السبب مشروعا:

والعبرة بالمشروعية في القانون هي عدم المخالفة للنظام العام والآداب بخلاف المشرعية في الفقة الإسلامي التي ترسمها دائرة الحلال والحرام، مع الفرق بينهما - كما ذكرنا - فيشترط في الـ ـب أن يكون مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام والآداب ، وإلا كان باطلا، ويترتب على بطلان السبب بطلان الالتزام لا محالة، بإعتباره ركنا من أركانه. فمن تعهد بإتكاب جريمة مقابل الحصول على مبغ من المال، كان تعهده باطلا، لعدم مشروعية السبب.

ويمكن القول بأن شروط السبب وفقا لهذه النظرية إنما يرجع إلى شرطين فقط هما : الوجود والمشروعية، أما كون الشرط صحيحا فإنه يتحقق في كل الأحوال ، وحتى في الحالتين التين لا يتحقق فيهما الصحة وهما الغلط والصورية، فإنه يمكن ردهما إلى الوجود والمشروعية، فالسبب الموهوم هو سبب لا وجود له ، وكذا السبب الصوري ،سبب غير صحيح إذا كان غير مشروع - في حدود النطاق الذي تحدثنا عنه وهو إذا ما كانت الصورية نسبية - فإن كانت مطلقة ، فإن السبب يكون غير موجود وبالتالي يمكن إدراجه تحت شرط الوجود.

٧١ ـ نقد النظرية التقليدية :

وجه الفقيه الفرنسي «بلانيول» نقدا عنيفا إلى هذه النظرية، ووصفها بأنها نظرية غير صحيحة وعديمة الفائدة[1] .

أما كونها غير صحيحة فيتبين من إستعراض السبب في تقسيمات العقود التي عرضت لها النظرية، ففي العقود الملزمة للجانبين، تقول إن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر معه، وهذا غير صحيح، لأن الالتزامين ينشآن في وقت واحد، ولا يمكن أن يقال أن أحدهما سبب للآخر لأن السبب يجب أن يسبق المسبب.

وفي العقود العينية، تقول النظرية، إن سبب الالتزام بالرد هو تسلم العين، والتسليم هو المصدر الذي أنشأ العقد، ومن ثم يقوم هذا القول على خلط بين السبب المنشئ والسبب القصدي.

وفي عقود التبرع تقول النظرية، إن سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ونية التبرع هو الرضا ذاته، فإذا إنعدمت هذه النية بطل الالتزام لا لتخلف ركن السبب ولكن لإنعدام الرضا، وهنا خلطت النظرية بين السبب والرضا نفسه.

وأما كونها عديمة الفائدة، فلأن فكرة السبب يراد بها إبطال العقد إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه غير مشروع، وهي نتيجة يمكن الوصول إليها من طريق آخر.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٣٦ بند (٢١٠)، عبد الخالق حسن ص ١٥٤، محمد النقي، ص ١٩٤.

ففيما يتعلق بعدم وجود السبب ، يمكن القول في العقود الملزمة للجانبين إن الالتزامين يرتبطان أحدهما بالآخر إرتباطا من شأنه عدم تصور وجود أحدهما دون الآخر، فتقوم فكرة الارتباط مقام فكرة السبب وتغني عنها.

وفي العقود العينية وعقود التبرع، فلا يمكن تصور السبب، لإن إنعدام السبب في العقد العيني معناه عدم التسليم، وهذا يؤدي إلى عدم قيام العقد، كما أن إنعدام السبب في عقود التبرع معناه عدم وجود نية التبرع وهذا إنعدام للعقد ذاته، وفي الحالتين لسنا بحاجة إلى إرجاع بطلان العقد لإنعدام السبب، طالما أن العقد ذاته غير موجود.

وفيما يتعلق ببطلان العقد لعدم مشروعية السبب، فإنه يمكن الاستغناء بفكرة المحل عن فكرة السبب، حيث إنه في الحالات التي يقول فيها أنصار النظرية ببطلان الالتزام لعد مشروعية السبب، يبطل الالتزام أيضا فيها لعدم وجود المحل - كما أشرنا قبل ذلك بالمثال.

٧٢ - الرد على هذه الإنتقادات :

أخذ أنصار النظرية التقليدية للسبب في الرد على هذه الإنتقادات حيث قالوا: إنها صحيحة في تصويرها للسبب في الطوائف المختلفة للعقود. ففي العقود الملزمة للجانبين لا تقوم الاستحالة المنطقية التي قيل بوجودها إلا إذا أخذ السبب بمعنى السبب المنشئ، أما إذا كان المقصود هو السبب القصدي أي الغرض المباشر، فليس ثمة ما يمنع أن ينشأ السبب مع السبب في الوقت ذاته.

وفي العقود العينية فإنها وإن كانت عينية في الصياغة، فهي من حيث

طبيعتها عقود رضائية، ومن ثم يكون التسليم في هذه العقود التزاما ناشئا من العقد، فيصلح لأن يكون سببا لالتزام الطرف الآخر، وبهذا يتضح عدم الخلط بين السبب المنشئ والسبب القصدي في هذه العقود كما يدعي المعارضون.

وبالنسبة لعقود التبرع وإن السبب فيها نية التبرع، فليس صحيحا أن السبب يختلط بالرضا، لأن إرادة المتبرع تتحلل في الواقع إلى عنصرين:

أحدهما: إرادته في أن يلتزم، وهذا هو الرضا. وثانيهما إرادته في أن يلتزم دون مقابل، وهذا هو السبب.

كما يقول أنصار هذه النظرية إنا مفيدة، إذ أنه بفضل فكرة السبب القصدي يمكن إبطال الالتزام في حالات لا يتيسر فيها إبطاله على أساس المحل وحده. ذلك أن الاكتفاء بالمحل وحده يجعل كل التزام مستقلا عن الآخر في العقود الملزمة للجانبين، بحيث إذا كان المحل في أحد الالتزامين المتقابلين مستحيلا أو غيرمشروع، فإن هذا الالتزام وحده هو الذي يبطل.

يضاف إلى ذلك التعديل الذي أدخله الفقيه «كابيتان» في نظرية السبب التقليدي، حيث يرى هذا الفقيه إنه من الأصوب في العقود الملزمة للجانبين، القول بأن سبب التزام كل متعاقد، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر - كما تقول النظرية في ثوبها الأصيل - ولكن تنفيذ هذا الالتزام، فسبب التزام البائع بنقل الملكية ليس هو ذات التزام المشتري بدفع الثمن، ولكن الوفاء بهذا الثمن، ومثله التزام المشتري بدفع الثمن، ليس سببه هو ذات التزام البائع بنقل الملكية. ولكن حصول هذا الانتقال بالفعل، ومن ثم يصبح

مصير كل من الالتزامين المتقابلين معقودا بمصير الالتزام الأخر ومرتبطا به، ومن ثم جعل من سبب الالتزام أساسا لاوضاع قانونية هي : الدفع بعد التنفيذ والفسخ وتحمل التبعة.

وفضلا عن ذلك فإن هناك ثلاث حالات أعتبر «كابيتان» الباعث فيها هو السبب :

الأولى : حالة التبرع المقترن بشرط يكون هو الدافع إلى التبرع كما في التبرع بمال لجمعية خيرية بشرط أن تنشئ به ملجأ أو مستشفى، ففي هذه الحالة يكون السبب هو القيام بالشرط وليس نية التبرع.

الثانية : حالة الوصية. فليس سببها نية التبرع عند الموصي ، وإنما الباعث الذي دفع الى إبرام الوصية.

الثالثة : حالة ما إذا كان الباعث متفقاعليه بين الطرفين في العقد. ولا يكفي أن يكون الباعث معروفا لدى المتعاقدين[1] .

المبحث الثاني

النظرية الحديثة في السبب

٧٣ ـ السبب في النظرية الحديثة هو الباعث الدافع إلى التعاقد:

ويرجع الفضل في هذ النظرية إلى القضاء ، حيث كان يحكم ببطلان

(١) السنهوري. جـ١ ، بند (٢٧٣) ـ عبد الفتاح عبد الباقي ، ص٤٣٨ هامش (١).

التصرف إذا وجد الباعث الدافع إلى التعاقد وكان غير مشروع ومتصل بالمتعاقد الآخر، وخلاصة هذه النظرية إنها لاتقف في تحديد السبب عن السبب القصدي، ولكنها تدخل في الباعث الدافع الى التعاقد، كُلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر، بمعنى أن يكون على علم به، وذلك في المعاوضات على الأقل[1] .

٧٤ ـ شروط السبب في النظرية الحديثة:

يشترط في هذا السبب شرطان :

الشرط الأول : أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعا : فلو كان غير مشروع، بأن كان مخالفا للنظام ا لعام والاداب ، كان التصرف القانوني باطلا. كما لو كان الباعث على شراء منزل إعداده للدعارة أو القمار، وإذا تعددت البواعث ، فيعتد بالباعث الرئيسي لدى المتعاقد عند البحث عن مشروعية ا لباعث ويكون الباعث رئيسيا ، إذا كان هو الدافع الى التعاقد، بحيث لولاه لما أبرم المتعاقد العقد.

الشرط الثاني: أن يكون الباعث غير المشروع متصلا بعلم المتعاقد الآخر، وذلك حتى يقضي ببطلان التصرف، وهذا الشرط لا يتعلق بذاتية السبب كشرط للمشروعية، وإنما يتعلق بإستقرار التعامل بين الناس، حتى يكون بطلان العقد ـ إذا ما كان الباعث غير مشروع ـ مفاجئا للطرف الآخر.

ويشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع لكي يبطل العقد.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٤١. عبد الخالق حسن، ص ١٥٧.

سواء في ذلك المعاوضات أو التبرعات، فإذا علم أو كان في إستطاعته أن يعلم بالباعث غير المشروع كان التصرف باطلا، بخلاف ما إذا كان لا يعلم ولافي إستطاعته أن يعلم، فلا يحكم ببطلان التصرف[1].

المبحث الثالث

نظرية السبب في القانون المدني المصري

٧٥ ـ القانون المصري يأخذ بمزيج من النظريتين السابقتين:

تنص المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري على إنه «إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا».

ويتضح من هذه المادة أن القانون يشترط أن يكون للالتزام سبب، حيث تقرر البطلان لعدم وجود السبب، وفي هذا تصور عن قيام الالتزام بغير سبب، وهذ أمر يتفق مع النظرية التقليدية، ومع ذلك يكتفى المشرع الوضعي في السبب بأن يكون مشروعا، و هو اتجاه النظرية الحديثة في السبب، ولهذا نجد أن القانون المدني المصري يشترط أن يكون لكل التزام سبب قصدي وأن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعا، فهويخلط بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة. فهويأخذ بالسبب القصدي فيما بتعلق بوجود السبب[2] وبالباعث الدافع إلى الالتزام فيما يتعلق بمشروعية

---

(١) محمد الفقي، ص ٢٠١.

(٢) يرى الدكتور السنهوري أن القانون المصري لا يأخذ إلا بالنظرية الحديثة في السبب ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي. (إنظر: السنهوري جـ ١ ص ٥١٤ وما بعدها. مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٢٢٧).

السبب، فإذا بحثنا عن السبب فيكفي أن يكون هناك غرض مباشر للالتزام، وإذا بحثنا عن مشروعية السبب فيجب أن يكون الباعث الدافع إليه مشروعا[1].

ولهذا فإن المقصود بالسبب في نص المادة السابقة هو السبب القصدي، لإنه هو الذي يمكن تصور تخلفه، ففي العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوجد أحد الالتزامين، فإن الالتزام الآخر يكون باطلا لعدم وجود السبب، وفي العقود العينية، إذا تخلف التسليم، فإن السبب يكون غير موجود، وبالتالي يكون العقد باطلا، ونفس الحكم في عقود التبرعات إذا تخلفت نية التبرع.

أما السبب بمعني الباعث الدافع إلي التعاقد، فلا يمكن تصور تخلفه إلا إذا كان صادرا من مجنون، لأن كل تصرف من التصرفات لابد وأن يكون وراءه دافع. وعلى هذا فإنه يشترط في السبب القصدي أن يكون موجودا، وأن يكون مشروعا، أما السبب الباعث الدافع إلى التعاقد فهو دائما موجود ولذلك يشترط فيه أن يكون مشروعا.

٧٦ - إثبات السبب:

يستفاد من نص المادة ١٣٧ من القانون المدني أنه يفرق في إثبات السبب بين حالتين:

---

(١) هذا هو الرجح في الفقه المصري وهو أن القانون المصري يأخذ بمزيج من النظريتين معا. أنظر : العطار، ص ٨٠.

الحالة الأولى: **عدم ذكر السبب في العقد :**

يقضي القانون بأن «كل التزام لم يذكر له سبب في العقد، يفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على غير ذلك» (م١٣٧ / ١) فلو تضمن سند المديونية أن المدين يتعهد بدفع مبلغ معين للدائن دون أن يرد فيه ذكر لسبب هذا الالتزام، فإن القانون يقيم قرينة لصالح الدائن، مضمونها افتراض أن هذه القرينة بسيطة، حيث يجوز للمدين أن ينقضها بإثبات العكس، وله ذلك بكافة طرق الإثبات، بإعتبار أن السبب في الالتزام واقعة مادية، وفي هذه الحالة لابد للدائن من أن يثبت عكس ما يثبته المدين، وإلا كان التصرف باطلا، لإنعدام السبب أو لكونه غير مشروع.

الحالة الثانية:حالة ذكر السبب في العقد:

يقضي القانون بأنه «يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . . الخ» (م ١٣٧ / ٢) وهذه هذ الحالة الغالبة، وفيها يقيم القانون قرينة أيضا لصالح الدائن، مضمونها أن السبب المذكور في السند هو السبب الحقيقي، ويستطيع المدين أن ينقض دلالة هذه القرينة بإثبات العكس، ولا يستطيع المدين أن يثبت ذلك إلا بالكتابة، لإنه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة (م ١٦١ إثبات)، كما أن للمدين أن يدعي أن السبب المذكور في السند سبب صوري يستر السبب الحقيقي، فإذا كان السبب الحقيقي مشروعا تعين على المدين أن يثبته بالكتابة وفقا للقاعدة السابقة، أما إذا كان السبب غير مشروع، فيجوز للمدين إثباته بكافة طرق الاثبات، لأن المراد إثباته في هذ ه الحالة مخالف للنظام العام

والآداب، وكل ما يخالف النظام العام والآداب يعتبر غشا، والغش يمكن إثباته بجميع طرق الاثبات(1).

فإذا ما نجح المدين في ذلك. كان على الدائن إذا إدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه، وبهذا يرتد عبء الإثبات إلى الدائن.

ويلاحظ أنه إذا أثبت المدين عدم مشروعية السبب في التصرف، فإنه لا يكون باطلا إلا إذا أثبت أيضا علم الدائن بهذا الباعث أو استطاعته العلم به، وهذه وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

* * *

(1) محمد الفقي، ص ٢٠٦.

الفصل الرابع

جزاء الإخلال بمقومات العقد

«البطلان»

٧٧ ـ تمهيد وتقسيم:

رأينا فيما سبق أن للعقود بوجه عام ثلاثة أركان، هي الرضا والمحل والسبب وإلى جانبها يوجد نوع خاص واستثنائي ينتظم العقود الشكلية. ركن رابع وهو الشكل. ورأينا أن الركن الاصيل في العقد، ونعني به الرضا لايكفي فيه مجرد قيامه، بل يلزم أن تتوافر فيه صحته، التي تتطلب بدورها أن يصدر الرضا من شخص توافرت فيه الاهلية، وأن يكون غير مشوب بعيب من العيوب التي تفسده، وهي الغلط والتدليس و الاكراه والاستغلال.

ونريد أن نبين هنا الجزاء الذي يقرره القانون على عدم مراعاة ما تفرضه أحكامه بشأن تكوين العقد، بالنسبة إلى أركانه وإلى صحة الرضا، وهذا الجزاء هو البطلان.

فما هو البطلان، وما هي أنواعه، وما هي الآثار المترتبة عليه، هذا ما نريد الوصول إليه من خلال دراستنا لهذا الفصل. ولذا سوف نقسمه إلى مباحث متتالية ، للتعرف على أحكام البطلان في الفقه القانوني، كجزاء على الإخلال بمقومات العقد.

المبحث الأول

تعريف البطلان وتمييزه عن الجزاءات الأخرى

٧٨ ـ البطلان هو نظام قانوني مؤداه، إعتبار العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، غير قائم، وأنه لم يقم أبدا ، وذلك بسبب إختلال تكوينه، فالتصرف الباطل يعتبر أنه لم يقم، نتيجة عدم توافر أحد أركانه أو إختلال هذا الركن إختلالا أدى إلى إنهياره، وهكذا فالبطلان يؤدي إلى إعدام التصرف، فالعقد الباطل يعتبر أنه لم يقم أبدا ، فهو قد ولد ميتا أو هو بالأحرى لم يولد أصلا[١] .

والبطلان بهذا المعنى يكاد يختلط بالعقد المنعدم، وكذا بفكرتي عدم النفاذ والفسخ، إلا أنه يمكن التمييز بين البطلان وهذه الجزاءات كما يلي :

٧٩ ـ العقد الباطل والعقد المنعدم:

يمكن التمييز بين العقد الباطل والعقد المنعدم، بالرغم من أوجه الشبه الكبير بينهما والذي يتمثل في الآثار المترتبة عليهما، ذلك إن العقد الباطل هو عقد منعدم من حيث الآثار المترتبة عليه. حيث لا يرتب هذا العقد أية آثار لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، فهو والعدم سواء[٢] .

ومع ذلك فإن بعض الفقهاء التقليديين جرى على القول بوجوب التفرقة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، بند (٢٢٠).

(٢) السنهوري ، بند (٣٠٠).

بين العقد الباطل والعقد المنعدم ، فالعقد الباطل في نظرهم هو ذاك الذي تتوافر فيه أركانه، ولكن أحدهذه الأركان يقع مختلا، لتخلف شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لقيامه. كما إذا كان المحل أو السبب غير مشروع فهنا يكون للعقد وجود مادي، ولكنه يبطل لإعتبار قانوني، أما العقد المنعدم فهو ذاك الذي لا يستحوذ على أركانه بمعنى أن أحد هذه الأركان لا يوجد أصلا. كما إذا أمسك شخص بيد آخر وجعلها توقع عقدا، فإنتفى بذلك الرضاء أصلا. فهنا لا يكون للعقد وجود. لعدم وجود مظهر وجوده، فهو منعدم ليس من الناحية القانونية فحسب ، بل من الناحية المادية كذلك[1].

على أن جمهور الفقهاء يسير على الرأي الأول، وأنه لاجدوي من التفرقة بين العقد الباطل والعقد المنعدم، طالما لا يوجد أية آثار لكليهما، فكلاهما عدم، والعدم واحد لاتفاوت فيه، ويأخذ أيضا القضاء بهذا الرأي[2].

٨٠ ـ البطلان وعدم النفاذ :

يختلف البطلان عن عدم النفاذ إختلافا واضحا، فالبطلان يمس العقد في ذات وجوده، ويحيله عدما ، أما عدم النفاذ فمعناه أن العقد لا ينتج أثرا ما في مواجهة شخص أو أشخاص معينين، حتى لو كان هو في ذاته صحيحا، وبمعنى أدق بالرغم من أنه صحيح ، فقد يكون العقد صحيحا في ذاته، وبالتالي ينتج آثاره بين عاقديه، ولكنه لايسري في حق الغير ، وذلك

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، بند (٢٢١). توفيق فرج، بند (١٥٩).

(٢) نقض مدني ٢١ / ٤ / ١٩٧٣ (مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ رقم ١١٥).

طبقا لقاعدة نسبية أثر العقد ومؤداها: أن العقد لا ينفع ولا يضر إلا عاقديه وخلفائهما (م١٤٥ مدني).

فإيجار ملك الغير مثلا يكون صحيحا بين العاقدين، إذا توافرت أركانه وشروطه، وبالتالي ينتج آثاره فيما بينهما، و لكنه لا يكون نافذا في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا أقره، وهذا هو الفارق بين البطلان وعدم النفاذ[١].

٨١ - البطلان والفسخ:

يجب عدم الخلط بين البطلان والفسخ، بالرغم من اقتراب أثرهما إلى حد بعيد، حيث يترتب على كل منهما، كقاعدة عامة، زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه، ومع ذلك يظل الفارق بينهما واضحا. فالبطلان جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون عند تكوينه، وبالتالي ينهار لإنهيار أحد أركانه ومن ثم يعتبر أنه لم يقم أصلا.

أما الفسخ فهو جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته، وهو بهذه المثابة يفترض أن العقد قد قام صحيحا، مستوفيا أركانه وشروطه، حتى أمكنه أن يولد التزامات على طرفيه، وفي هذه الحالة يجوز لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد، ويعتبر أنه لم يوجد أصلا أيضا. فالبطلان يلحق العقد في تكوينه، أما الفسخ فإنه يلحقه في تنفيذه[٢].

---

(١) نقض مدني ٢١/ ٤/ ١٩٧٣ (مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ رقم ١١٥).
(٢) توفيق فرج بند (١٦٠).

المبحث الثاني
أنواع البطلان

٨٢ ـ تمهيد وتقسيم:

إذا ما نظرنا إلى البطلان بالنسبة إلى ذات ماهيته، وجدناه واحدا لا يتنوع، فمؤداه ـ كما بينا ـ إنعدام العقد، والعدم في ذاته لا يتغير، ولكن إذا نظرنا إلى البطلان من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد، وجدناه يتشكل إلى نوعين، فهناك بطلان يلحق العقد منذ نشأته، وبالتالي يحول أصلا دون ميلاده، وهناك بطلان لايلحق العقد إلا بعد فترة من الزمن طالت أم قصرت، وهو إن لحقه ، فلا يكون ذلك على سبيل الحتم، وإنما لإعمال رخصة يجيزها القانون لأحد المتعاقدين إن أراد الإفادة منها، وقد جرى الفقه التقليدي في القانون على تسمية النوع الأول بالبطلان المطلق، والنوع الثاني بالبطلان النسبي، بإعتبار أن الأول مقرر لكل ذي مصلحة، في حين لا يتقرر الثاني إلا لمصلحة العاقد الذي حدده القانون دون غيره، وقد إنتقد البعض[1] هذه التسمية على إعتبار أن البطلان درجة واحدة لا تتفاوت وبالتالي فليس هناك ما يدعو إلى وصفه بالمطلق في النوع الأول، ويكفي وصفه بإسم «البطلان» أما الثاني فإن النسبية فيه لا تقوم إلا إذا تمسك به من تقرر البطلان لمصلحته، وقد يتمسك به وقد لا يتمسك وبالتالي يكون قابلا

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، بند (٢٢٤) ص ٤٦٦.

للإبطال إذا ما تمسك به، وخاضعا له في حالة عدم التمسك به طوال الفترة التي يكون له فيها أن يتمسك به، ومن ثم فإن الأولي تسميته «القابل للإبطال» بدلا من البطلان النسبي، ونحن نرى بدورنا أن هذه التسمية هي الأقرب للصواب.

ولهذا فسوف نتناول هذين النوعين في مطلبين مستقلين، نخصص الأول منهما في العقد القابل للإبطال، ونتناول في الثاني العقد الباطل.

المطلب الأول : العقد القابل للإبطال:

٨٣ ـ تعريفه:

يعرف العقد القابل للإبطال، أو الباطل بطلانا نسبيا، بأنه ذلك العقد الذي يولد ويقوم لتوافر أركانه، ولكنه ينطوي على سبب يصلح لإعدامه، فإن أعمل فيه هذا السبب أجهز عليه ولحقه البطلان والا بقى منتجا لآثاره حتى تنتهي الفترة التي يتطهر فيها من هذا السبب ، فيصير عقدا تام الصحة.

والواقع إن القابلية للبطلان تتقرر في عقد نشأ صحيحا من حيث توافر أركانه، إلا أن شروط صحته لحقها خلل أدى إلى قابليته للبطلان، فهو جزاء على تخلف شرط من شروط الصحة، وهي الأهلية وسلامة الرضا من العيوب، فإن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو لم تكن إرادته سليمة بأن شابها عيب من عيوب الإرادة ـ السابقة ـ كان العقد قابلا للإبطال، يجوز لمن له مصلحة في إبطاله أن يتمسك به، والإ كان صحيحا منتجا لكافة آثاره، على أنه إذا حكم بإبطاله ـ بناء على التمسك به ـ فإنه يكون كأن لم يكن فيصبح

هو والعقد الباطل بطلانا مطلقا سواء[1] .

٨٤ ـ حالات القابلية للبطلان:

إذا كانت القابلية للبطلان جزاء يتقرر لعدم صحة الرضا ـ الذي هو الركن الأصلي للعقد ـ فإن عدم صحة الرضا يرجع إما لنقص الاهلية، وإما لعيب يشوب الرضا، وبهذا يتضح أن للعقد القابل للبطلان حالتين:

الأولى: صدور الرضا ممن يقرر القانون نقص الأهلية عنده بالنسبة إلى التصرف الذي أجراه، كبيع صبي مميز أرضه أو بيته من غير إذن وليه، وفي هذه الحالة فإن القانون يجوز لناقص الاهلية أن يطلب إبطال العقد (م ١١١ / ٢، ١١٩ مدني).

الثانية: إذا شاب رضاء المتعاقد عيب يفسده، وعيوب الرضا التي نص عليها القانون هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، بحيث إذا توافرت شروط كل عيب من هذه العيوب كان العقد قابلا للإبطال.

وإلى جانب هاتين الحالتين الأساسيتين، يقع العقد أيضا قابلا للإبطال في كل حالة أخرى ينص فيها القانون على اتسامه بهذا الوصف بحيث يتقرر القابلية للبطلان بنص خاص[2] .

٨٥ ـ حكم العقد القابل للإبطال:

العقد القابل للإبطال هو عقد توافرت أركانه وانعقد صحيحا، ومن ثم

---

(١) محمد الفقي، ص ٢١٢.

(٢) مثال ذلك: بيع ملك الغير (م ٤٦٦ / ١)، قسمة المال الشائع إذا لحق أحد المتقاسمين فيها غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥ / ١).

فهو عقد منتج لكل آثاره، غاية الامر أن خللا أصاب أحد هذه الأركان وهو ركن الرضا، وهذا الخلل ليس من الجسامة بحيث يؤدي بذاته إلى إنهيار العقد، ولكنه يعطي المتعاقد الذي أضير من وجوده الرخصة في إهدار العقد. وإذا ما أعطي المتعاقد هذه الرخصة فإن القانون يحدد له فترة لاستعمالها، وإلا سقط حقه فيها، وإن استعملها فإما أن يطلب إبطال العقد، أو أن يقرر صيرورته صحيحا للأبد وذلك بالاجازة أو التقادم، في حالة عدم التمسك بالبطلان المدة المقررة، ولهذا فإننا سنتناول هذه الاحكام تباعا في النقاط التالية:

٨٦ ـ صاحب الحق في التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال:

يتقرر البطلان في العقد القابل للإبطال رعاية لمصلحة خاصة، هي مصلحة الأشخاص الذين عاب رضاؤهم أو نقصت أهليتهم، وبالتالي فإن التمسك بالابطال لا يكون إلا للمتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، فهو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بذلك دون المتعاقد الآخر (م ١٣٨ مدني) فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الاهلية، فناقص الاهلية وحده هو الذي يجوز له أن يتمسك به، كالقاصر عند بلوغه سن الرشد، أو وصيه قبل بلوغه سن الرشد[١]، وإذا كان السبب هو عيب في الإرادة، فمن شاب إرادته العيب يكون له وحده أن يطلب الابطال. كشخص وقع في غلط أو أبرم العقد تحت تأثير تدليس أو استغلال أو إكراه، وبالتالي لا يجوز للرشيد أو لمن سلمت إرادته من العيب أن يتمسك بإبطال العقد القابل للإبطال.

---

(١) نقض مدني ٢ / ٢ / ١٩٧٨ (طعن ٦٦٥ س ٤٥ ق).

وهذا هو السبب في التعبير عن القابلية للإبطال «بالبطلان النسبي» في الفقه التقليدي.

وللخلف العام كالورثة التمسك بإبطال العقد إذا كان لسلفه هذا الحق. أما الخلف الخاص والدائنون فلا يحق لهم طلب الإبطال إلا بإستعمال حق مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة[1].

ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بإبطال العقد إذا تبينت سبب الابطال، مالم يطلب منها ذلك، لأن أسباب الابطال الهدف منها حماية مصلحة خاصة[2].

٨٧ ـ مرحلة القابلية للإبطال:

هي تلك المرحلة التي تتلو العقد، وفيها يكون العقد قائما ومنتجا لآثاره، غاية الامر أنه معرض للابطال بسبب خلل لحق شروط صحته، فإذا باع ناقص الأهلية مثلا ماله، فإن البيع يعتبر صحيحا ومنتجا لكل الآثار التي من شأنه أن ينتجها عادة، طالما أنه لم يطلب إبطاله.

وبالتالي يلتزم البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن. وفي هذه المرحلة يجوز لصاحب الحق في التمسك بالابطال أن يباشر حقه خلالها، والاسقط حقه، وتقرر صيرورة التصرف صحيحا إلى الابد. وقد حددها القانون بمضي ثلاث سنوات من وقت كمال الأهلية إذا كان

---

(١) السنهوري جـ١، بند (٣٣٠). أنظر: م ٢٣٥ مدني.

(٢) نقض مدني ٢/٢/ ١٩٧٨ (طعن ٦٦٥ س ٤٥ق).

العقد قابلا للابطال لنقص الاهلية، ولا يهم في هذه الحالة المدة المنقضية قبل كمال الاهلية، ولو جاوزت خمس عشرة سنة - التقادم الطويل - التي ينقضي بها هذه المرحلة، إذا ما لحق إرادة أحد أطراف التصرف غلط أو أكراه أو تدليس من تاريخ العقد، أو تنقضي في هذه الحالة بمضي ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف عيب من هذه الثلاثة أيهما أقصر (م ١٤٠ مدني) ومعلوم أنه في حالة عيب الاستغلال نجد أن هذه المرحلة لا تجاوز سنة واحدة من تاريخ العقد وإلا كانت دعوى الاستغلال غير مقبولة (م ١٢٩ / ٢ مدني).

وعلى ذلك فإن هذه المرحلة تتحدد بهذه الحدود والمواعيد التي ذكرها القانون، ولذا فإنها تتسم بإنها مؤقتة، فلابد وأن تنتهي يوما من الايام.

٨٨ - مصير العقد القابل للابطال:

قلنا أن مرحلة القابلية مرحلة مؤقتة، ولذلك فإنه يتحدد بانتهائها المصير النهائي للعقد، لإنه يسير في طريقين: فهو إما أن يبطل - بناء على تمسك من له الحق في الابطال -، وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد وبالتالي تزول عنه القابلية للإبطال، فيصير صحيحا نهائيا، ولذا فإن مصير العقد القابل للإبطال يتحدد بهذين الطريقين، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

٨٩ - أولا: تقرير البطلان:

لما كان العقد القابل للإبطال له وجود قانوني كالعقد الصحيح الى أن يتقرر بطلانه، فإنه لايصير باطلا من تلقاء نفسه، ولكن لابد من المطالبة بإبطاله من ذوي الشأن.

ويتقرر إبطال العقد إما بإتفاق بين أطراف التعاقد، كأن يتفقا معا على الرجوع فيه، فيصبح كأن لم يكن، وإما برفع الامر إلى القضاء ليقرر هو بطلانه. حيث يحق للمتعاقد الذي تقرر الابطال لمصلحته أن يرفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالابطال - إذا لم يتم ذلك إتفاقا - فإذا ما تحقق القاضي من وجود سبب الابطال، فإنه يحكم به، وحكم القاضي في هذ الحالة حكم منشئ لحالة البطلان، إذ الفرض أن العقد كان صحيحا قبل الحكم منتجا لأثاره، خلافا للعقد الباطل، فالحكم فيه كاشف، لإنه كان قبل الحكم منعدما. وبالرغم من أن الحكم الصادر بإبطال العقد القابل للإبطال منشئ إلا أن له أثر رجعي أي تزول آثاره لا من وقت صدور الحكم ولكن من وقت انعقاد العقد، ولذا صح أن نقول أن العقد القابل للإبطال متى حكم بإبطاله، كان شأنه شأن العقد الباطل سواء بسواء(١).

والقاعدة أنه إذا طلب من تقرر البطلان لمصلحته ذلك من القاضي، وجب على القاضي أن يقضي به، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه. وليس للقاضي كأصل عام سلطة تقديرية في إجابة المتعاقد إلى طلب الابطال الذي يتحقق له سببه، أو في منعه منه، ويستثنى من هذا الاصل الحالات التي يقضي القانون فيها بخلافه، ومنها على الأخص العقد المشاب بعيب الاستغلال، حيث يكون ابطاله أمرا جوازيا للقاضي (م ١٢٩ / ١)(٢).

---

(١) لبيب شنب، ص ٢٢٦.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٧٣.

٩٠ ـ ثانيا : تصحيح العقد القابل للإبطال:

العقد القابل للبطلان قد يصحح بحيث ترفع عنه جرثومة الفساد التي تجعله قابلاللابطال، وهذا التصحيح قد يتم أثناء مرحلة القابلية للابطال ويكون ذلك عن طريق الاجازة، وقد يتم ذلك بعد انتهاء هذه المرحلة فيتم التصحيح بالتقادم.

(أ) الاجازة:

هي النزول عن حق طلب الابطال ممن تقرر البطلان لصالحه، وهي لذلك تصحيح للعقد القابل للإبطال (م ١٣٩ / ١ مدني) وهي تعني اتجاه إرادة المتعاقد الذي تقرر الابطال لمصلحته إلى تطهير العقد من أثر العيوب التي جعلته قابلا للابطال، والاجازة تصرف بإرادة منفردة ، فهي تنتج آثارهابمجرد صدورها ، ولايشترط موافقة أو عدم موافقة الطرف الآخر عليها[١] .

ويترتب على إعتبار الإجازة تصرف بإرادة منفردة أن تجيء صحيحة في ذاتها، ويلزم على الاخص ألا يشوبها العيب الذي كان يعتري العقد، وإلا وقعت بدورها قابلة للإبطال. فإذا وقع العقد قابلا للإبطال لنقص الاهلية مثلا، فلا يسوغ أن تصدر الاجازة من المتعاقد نفسه إلا بعد أن يكون قد بلغ رشده[٢] .

والاجازة قد تكون صريحة، وقد تكون ضمنية، فالاجازة الصريحة هي

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٧٤ . عبد الخالق حسن، ص ١٧٧ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٢٥٧ .

تلك التي تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الابطال، دون أن يكون لتعبيره معني آخر غير هذا.

أما الاجازة الضمنية فهي تلك التي يستدل عليهامن ظروف الحال، بشرط أن يكون الاستدلال قاطعا في إفادته النزول عن حق التمسك بالابطال. إذ أن النزول عن الحق لا يفترض، وكذا لا يتوسع في تفسيره، ومثالها أن يلجأ المتعاقد الذي قرر القانون الإبطال لمصلحته إلى تنفيذ العقد، أو مطالبة العاقد الآخر بتنفيذه من جانبه[1] وذلك مع علمه بالجرثومة الفاسدة التي لحقت به.

وإستخلاص الاجازة الضمنية وعدمها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض[2].

ويترتب على الاجازة، صريحة كانت أم ضمنية، تطهير العقد من العيب الذي كان يعتد به، وزوال الابطال الذي كان يهدده.

على أن القانون المصري يفرق - بصدد أثر الاجازة هذه - بين أثرها فيما بين المتعاقدين، وأثرها بالنسبة للغير، ففي العلاقة بين المتعاقدين يكون للإجازة أثر رجعي، حيث يعتد بها لا من تاريخ صدورها فقط، ولكن يعتد بها من تاريخ إبرام العقد، فالعقد الذي ترد عليه الاجازة يعتبر صحيحا من وقت الانعقاد، أما أثر الاجازة بالنسبة للغير، فيعتد بها من تاريخ صدورها لامن تاريخ إبرام العقد، فالاجازة بالنسبة للغير، ليس لها أثر رجعي، والمقصود

(١) نقض مدني ١٤ / ٣ / ١٩٦٣ (مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٩٨ رقم ٤٥).
(٢) نقض مدني ٩ / ١ / ١٩٦٤ (مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٨).

بالغير هنا كل من لم يكن طرفا في التعاقد (م ١٣٩ / ٢).

ويرى البعض أن الاجازة في هذه الحالة لا تخلق وضعا جديدا، غاية الامر أنها تؤدي فقط إلى إزالة الخطر الذي كان يهدد العقد، وبالتالي لا تضيف شيئا إلى آثار العقد، لإنه نشأ صحيحا منتجا لآثاره، ومن ثم فإن فكرة رجوع أثر الاجازة إلى الماضي بالنسبة للعاقدين لا مبرر لها، وكان من المفروض أن يسوي المشرع في الحكم بين المتعاقدين والغير[١].

(ب) التقادم:

يعتبر التقادم هو الأمر ا لثاني الذي يتصحح به العقد القابل للإبطال، إلى جانب الاجازة، وهو يعني مضي المدة، ففوات الزمن يسقط الحق في إبطال العقد القابل للابطال، فيصير بذلك صحيحا.

والحق في طلب إبطال العقد القابل للابطال لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد، هو هذا الأجل الذي ذكرناه في مرحلة القابلية للإبطال، فإذا أنقضى هذا الاجل، سقط هذا الحق وتدعمت بذلك صحة العقد وتأيدت.

ومدة التقادم لحق طلب الابطال بالنسبة لناقص الأهلية، هي ثلاث سنوات، تبدأ من وقت زوال نقص الاهلية لا من تاريخ إبرام العقد، أي من وقت بلوغ المتعاقد سن الرشد إن كان قاصرا، ومهما مضى قبل ذلك من وقت ومدة تقادم حق طلب الابطال في حالة الغلط أو التدليس أو الإكراه هي

---

(١) سليمان مرقس، الوجيز في شرح القانون، جـ ٢، بند (٢٢٧) ص ٢٥٤ عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٧٧.

ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي ينكشف فيه العيب في هذه الثلاثة، أو خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد، أي الفترتين أقصر[1] .

أما في حالة الاستغلال، فحق الابطال يسقط بمضي سنة واحدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد[2] . ويلاحظ أن سقوط الحق في طلب البطلان بالتقادم، يؤدي الى تدعيم صحة العقد بزوال العيب الذي كان يتضمنه، وما دام العقد قد أصبح صحيحا ، فلا يجوز إبطاله بعد ذلك، لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع[3] .

المطلب الثاني: العقد الباطل

٩٠ ـ تعريفه:

هو العقد الذي لا يرتب أية آثار لإختلال ركن من أركان العقدفيه، فهو عقد لا يقوم أصلا ، وبالتالي فإنه يولد ميتا.

والواقع أن العقد الباطل هو عقد إنعدم منذ نشأته، ولم يصلح لترتيبه أية آثار عليه وهويكون كذلك إذا اختل ركن من أركان العقد التي هي الرضا و المحل والسبب، وهذا هوالفارق بين العقد الباطل والقابل للبطلان، ففي حين يلحق الفساد ركن من أركان العقد في العقد الباطل، نجد أن الفساد يلحق شرط من شروط صحة العقد، في العقد القابل للابطال.

---

(١) م ١٤٠ مدني.

(٢) م ١٢٩ / ٢ مدني.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ، ص ٤٧٩ .

٩١ ـ حالات العقد الباطل:

يقع العقد باطلا إذا تخلف ركن من أركانه، أو اختل إختلالا يؤدي إلى عدم الاعتداد به أصلا، وأركان العقد ـ كما بينا ـ هي الرضا والمحل والسبب فضلا عن الشكل في العقود الشكلية، فإذا لم يتوافر الرضا، بأن كانت إرادة أحد المتعاقدين صادرة عن غير تمييز، كالصغير والمجنون والمعتوه فإن العقد لا يقوم، كما يبطل العقد كذلك إذا لم يكن للالتزام محل أو سبب، بأن كان المحل مستحيلا، والسبب غير موجود، أو وجد المحل والسبب ولكن اتسما بعدم المشروعية، كما يبطل العقد كذلك إذا لم يستوف الشكل الذي رسمه القانون بالنسبة للعقود الشكلية.

هذه هي حالات العقد الباطل، وهي تنحصر في تخلف ركن من أركان العقد، الرضا والمحل والسبب فضلا عن الشكل إذا اشترطه القانون.

وقد يقع العقد باطلا في حالات أخرى متباينة، وذلك إذا قضى القانون نفسه بذلك بمقتضى نص خاص، كما هو الشأن في بيع الوفاء (م ٤٦٥) أو حكم القضاء بذلك كما هو الحال في بيع أموال الدولة الخاصة بغير طريق المزاد عند لزومه، وفي التصرف الذي من شأنه أن يؤدي إلى تجاوز الحد الاقصي للملكية[١].

٩٢ ـ حكم العقد الباطل:

العقد الباطل عقد منعدم أصلا، وبالتالي فلسنا في حاجة إلى إيقاع

(١) نقض مدني ٣/ ٢/ ١٩٧٦ (طعن ٣٠٨ س ٤٢ ق)، أنظر: توفيق فرج، ص ٢٣٨.

البطلان، فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه، ولكن قد يحتاج الامر إلى تقرير بطلان العقد إذا ما نُوزِع فيه، حيث يرفع الأمر إلى القضاء.

وهنا يثار التساؤل، من هوصاحب الحق في التمسك بالبطلان وما مصير هذا العقد الباطل وما هي أهم الفوارق بين العقد الباطل، والعقد القابل للإبطال، هذا ما سوف نفصل القول فيه تباعا في النقاط التالية:

٩٣ ـ تقرير البطلان:

ليس للعقد الباطل وجود قانوني، فهو معدوم، ومن ثم فلا حاجة إلى صدور حكم ببطلانه، فمن له مصلحة في التمسك بالبطلان لا يكون في حاجة إلى أن يرفع دعوي بذلك، وإنما يكفيه أن يتجاهل ا لعقد الباطل، وأن يتصرف بإعتباره غير موجود. فإذا تعلق الامر بعقد بيع باطل، فللبائع أن يتصرف في المبيع حيث يعتبرباقيا في ملكه، وإذا رفع المشتري عليه دعوى يطالبه فيها بتسليم المبيع كان للبائع أن يدفع ا لدعوى ببطلان البيع.

لكن الضرورة العملية قد تقضي على من يتمسك بالبطلان أن يرفع دعوي البطلان، فقد يقتضي الأمر إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، كأن يكون احد طرفي العقد قد نفذ التزامه، ويريد أن يسترد ما أداه. وقد يكون الموقف في حاجة إلى توضيح ما يكتنف العقد من غموض، خاصة إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي، في هذه الحالات وأمثالها يكون من مصلحة من يتمسك بالبطلان أن يطلب الحكم بالبطلان.

وعلى كل حال فإن الحكم الذي يصدر بالبطلان في مثل هذه الفروض، ليس هو الذي يجعل العقد باطلا، فقد كان العقد باطلا قبل ذلك، وإنما يقتصر أثر الحكم فقط على الكشف عن البطلان، فالحكم ليس منشئا وإنما كاشفا[1].

٩٤ ـ من له الحق في التمسك بالبطلان:

تنص المادة ١٤١/ ١ مدني على أنه «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها».

ويتضح من هذا النص أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد الباطل؛ لأنه إذ يتمسك به لا يفعل أكثر من تقرير لواقع فرضه ظروف التعاقد، والقول بحقيقه لا شك فيها، مؤداها انعدام العقد الذي يواجه به.

ويقصد بالمصلحة هنا كل مصلحة تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه، ويصدق هذا بالضرورة على كل من العاقدين، حتى ذاك الذي لم يقم به سبب البطلان، فلو باع مجنون ماله لآخر وقع البيع باطلاً، وثبت التمسك ببطلانه ليس للمجنون فحسب، بل وللمشتري أيضًا، حيث أن بطلان العقد يعفي كلا من طرفيه من الالتزامات التي يولدها باعتبار أن هذه الالتزامات لم تقم أصلاً[2].

كما يجوز التمسك ببطلان العقد لغير طرفيه، ممن يكون له مصلحة في

---

(١) محمد الفقي، ص ٢٢٥، ٢٢٦.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٨١.

إهداره، كخلفهما العام والخاص والدائنين لهما. حيث يجوز لكل من هؤلاء أن يتمسك بالبطلان في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

ولا يقف الأمر عند ثبوت الحق في التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذي مصلحة، سواء من العاقدين أو أجنبيًا عن العقد، في حدود ما ذكرنا، بل إنه يجب على المحكمة، أن تقضي به، ولو من تلقاء نفسها، أي ولو لم يطلبه الخصوم، حيث أن البطلان المطلق على خلاف البطلان النسبي، يتعلق بالنظام العام (م١٤١/ ١).

وإذا رفعت دعوى ببطلان العقد تأسيسًا على سبب معين، كعدم المشروعية مثلاً، ثم رفضت الدعوى، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى جديدة ضد نفس العقد لإبطاله مستندة إلى سبب آخر، ولكن إذا رفعت دعوى بصحة العقد وقضي بقبولها، فإنه يمتنع بعد ذلك الطعن في العقد، تأسيسًا على أي سبب كان يمكن ابداؤه حال قيام تلك الدعوى[1].

٩٥ ـ مصير العقد الباطل:

العقد الباطل عقد معدوم لا يرتب أية آثار؛ لأنه لم يوجد أصلا، وبالتالي لا محل للكلام عن مصيره، كأن يبيع غير مميز ماله لآخر، ومع ذلك لم يتمسك بالبطلان أحد، ولم يطلب إبطاله أحد، حتى مضي عليه خمس عشرة سنة، أواكتمل غير المميز هذا سن الرشد فأجاز العقد، فهل

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٤٨٢.

يعتبر التقادم والإجازة في هذه الحالة صحيحين أم لا؟ هذا ما يمكن التعرف عليه من خلال عرضنا للإجازة والتقادم، على نحو ما فصلنا في العقد القابل للإبطال.

أ ـ الإجازة:

القاعدة العامة أن الإجازة ـ بمعناها المتقدم ـ لا تصحح العقد الباطل لأن العقد الباطل عدم، وبالتالي فإن الإجازة لا تلحقه؛ لأنها لا يمكنها أن تجعل من العدم شيئًا صحيحًا، ولهذا تقضي المادة ١٤١/ ١ على أنه: «. . . ولا يزول البطلان بالإجازة»، ليس هذا فحسب بل إن الإجازة على فرض وقوعها فإنها تقع باطلة كذلك؛ لأن مؤداها النزول عن حق التمسك بالبطلان، والبطلان هنا يتعلق بالنظام العام، ولا يصح النزول عن حق يتصل بالنظام العام حتى لو فرض أن هناك شخصًا يملك الإجازة ـ كما في المثال الذي عرضنا له ـ فإن تلك الإجازة لا تزيل عن العقد بطلانه، ويبقى حق التمسك به لكل ذي مصلحة، حتى لمن صدرت منه الإجازة.

غير أنه إذا كانت الإجازة لا تلحق العقد الباطل، فإنه يمكن إعادة إبرامه من جديد، بعد تلافي سبب بطلانه، على أن الأمر يقتضي في هذه الحالة اتخاذ كافة الخطوات اللازمة لإبرام العقد الصحيح.

ب ـ التقادم:

تنص المادة ١٤١/ ٢ على أنه «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد». والقاعدة العامة هي أن العقد الباطل لا يتصحح

بالتقادم، مهما طال عليه الأمد، فهو عدم، والعدم لا يصير شيئًا بفوات الزمن. ولكن إذا كان البطلان لا يلحق العقد فإنه لا يزول عنه بمضي الزمن، فإن دعوى البطلان ذاتها تسقط بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، كما نص على ذلك القانون.

ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعني أن العقد أصبح صحيحًا، فهو لا زال باطلاً، كل ما في الأمر أن دعوى البطلان ذاتها تقع غير مقبولة، إذا ما رفعت بعد مضي خمس عشرة سنة، وهكذا نصبح أمام عقد باطل دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى(1).

أما الدفع بالبطلان فلا يسقط مهما مضى عليه من الزمن، فإذا أبرم عقد بيع بين شخصين، وكان هذا العقد باطلا، ولم ينفذ العقد، فإذا طلب البائع من المشتري دفع الثمن في هذه الحالة، يحق للمشتري أن يدفع مطالبة البائع له ببطلان العقد، مهما مضى من زمن على انعقاد العقد؛ لأن التمسك بالبطلان في هذه الحالة لا يؤثر على استقرار التعامل بين الناس(2).

وأيضًا فإن القول بتقادم الدفع كتقادم الدعوى يعني ضمنًا أن العقد الباطل يصحح بمضي المدة، إذ لا يوجد وسيلة أخرى تقرر بطلانه بعد مضي المدة سوى الدفع بالبطلان.

٩٦ ـ مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال:

يمكن توضيح الفروق بينهما فيما يلي:

---

(١) عبد الخالق حسن، ص١٨٠.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، ص٤٨٤. لبيب شنب، ص٢٣٣، ٢٣٤.

١ ـ العقد القابل للإبطال هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره، وإن كان ينطوي على آفة فساد تنهض سببًا لجعله قابلاً للإبطال، وقد يتم التمسك به فيبطل، وقد يتحرر من الفساد الذي يعتريه، فتتأكد صحته ويتدعم، سواء كان بالإجازة أو التقادم. وبالتالي يزول خطر الإبطال الذي كان يتهدده، أما العقد الباطل فلا ينعقد أصلاً، فهو والعدم سواء.

٢ ـ العقد القابل للإبطال لا يبطل، إلا إذا تمسك بإبطاله من تقرر البطلان لمصلحته، فلا يجوز للعاقد الآخر معه أو لغيره أن يتمسك بالبطلان، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، أما العقد الباطل، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه؛ لأنه عدم، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به ولو من تلقاء نفسها.

٣ ـ العقد القابل للإبطال قد يتصحح بالإجازة أو التقادم، أما العقد الباطل فلا يتصحح بالإجازة ولا بالتقادم، وإن كانت دعوى العقد الباطل تسقط بالتقادم الطويل، فإن ذلك لا يفيد أن هذا العقد قد تم تصحيحه، فهو يستمر باطلاً، كل ما هنالك هو أن الدعوى بتقرير بطلانه لا تسمع بعد مضي المدة، ويبقى بعد ذلك الطريق مفتوحًا لكل ذي شأن أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدفع به.

المبحث الثالث

آثار البطلان

٩٧ - تمهيد وتقسيم:

القاعدة العامة أنه بالرغم من اختلاف العقد الباطل عن العقد القابل للإبطال من عدة وجوه، إلا أنهما يتحدان من حيث الآثار التي تترتب على كل منهما. فإذا كان العقد الباطل لا يرتب أية آثار، فإن العقد القابل للإبطال يرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه، فإذا قضي ببطلانه انسحب البطلان إلى الماضي وزال ما رتبه من آثار.

والأصل أنه إذا تقرر بطلان العقد اعتبر كأن لم يكن وزال بأثر رجعي ما ترتب عليه من آثار، ولا صعوبة إذا لم يكن التنفيذ قد لحق بالعقد، أما إذا كان قد حصل تنفيذ له، فإنه ينبغي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وفي جميع الأحوال إذا كانت إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد مستحيلة فإنه يحكم بالتعويض.

ويلاحظ أن إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد لا تترتب بالنسبة للمتعاقدين فحسب، بل وأيضًا بالنسبة للغير الذين اكتسبوا حقوقًا من أحد طرفي العقد تتعلق بالمعقود عليه.

على أنه إذا كان يترتب على البطلان زوال العقد بكل ما ترتب عليه من آثار بصفة نهائية، فإنه ينبغي أن يراعى أن البطلان قد لا يلحق إلا شقًا منه

فقط، وفي هذه الحالة إذا ما أزيل الشق الباطل وحده، فإن العقد يبقى، وهذا ما يحدث في حالة انتقاص العقد، كما أن العقد الباطل قد يتضمن عقداً آخر صحيحاً، وفي هذه الحالة يتحول العقد.

ومن ناحية أخرى فإنه ينبغي أن يراعى أنه إذا كان البطلان يعيد الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فإن ذلك قد لا يتسنى في بعض الأحيان، إذ توجد حالات استثنائية لا يمكن الرد فيها إلى الوضع السابق على التعاقد.

ولهذا كله فإننا سوف نعرض لنظرية انتقاص العقد، ثم لنظرية تحول العقد ثم لضرورة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، مع ذكر الاستثناءات الواردة على ذلك، وأخيراً نعرض لتعويض الضرر الذي ينشأ عن البطلان، وذلك في مطالب متتالية.

المطلب الأول: انتقاص العقد:

٩٨ - حالات انتقاص العقد:

الأصل أن العقد يبرم ككل لا يتجزأ، فإن لحقه البطلان أو الإبطال، أهدر كله، إلا أن من الحالات يقتصر فيها البطلان على بعض أجزاء العقد فقط، أو بعض شروطه[1] وفي هذه الحالة لا يثار الكلام عن بطلان العقد برمته، ولكن عن البطلان الجزئي، أو عن انتقاص العقد، حيث يمكن أن يترتب على العقد بعض الآثار الأصلية التي كان ينبغي أن يرتبها، إذ يظل الجزء الباقي صحيحاً، باعتباره عقداً مستقلاً[2].

(١) نقض مدني ١٤/ ٦/ ١٩٦٦ (طعن ٢٤٣ س٣١ ق).

(٢) توفيق فرج، ص ٢٦٢.

ويتبين من نص المادة ١٤٣ مدني[١] أنه في جميع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال في شق منه فقط، فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل، ما لم يتبين أن العقد ما كان يتم بدونه، ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون تفسيراً لإرادة المتعاقدين وإعمالاً لها[٢].

مثال ذلك أن يهب رجل امرأته مالاً، ويشترط عليها أن لا تتزوج من بعده إذا مات مدفوعًا في ذلك بمحض الغيرة، فإذا أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين، يقوم الأول على التبرع بالمال، ويقوم الثاني على التزام الزوجة بعدم التزوج ثانية إذا ترملت، صح الشق الأول لعدم وجود ما يعيب العقد بالنسبة له، ويبطل الشق الثاني لمخالفته للنظام العام والآداب، لما فيه من تقييد لحرية الزوجة من غير مسوغ قانوني.

ويلاحظ أن انتقاص العقد بهذا الشكل يكون فقط في حالة ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت لذلك، فإذا تبين أن إرادة أطراف التصرف ما كانت لتبرم العقد إلا باعتباره كلاً لا يتجزأ، بحيث إذا بطل شق منه انصرف البطلان إلي جميعه، فلا يمكن إعمال نظرية انتقاص العقد حينئذ، ففي المثال المذكور إذا أثبت الزوج أو خلفاؤه من بعده أن العقد كله ما كان ليتم من غير الشق الأخير، بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع إلى وقوع الهبة، بطل العقد كله، حيث يكون العقد هنا قد قام على سبب غير مشروع.

---

(١) تنص المادة ١٤٣ على أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله».

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، ص٤٩٩.

فالشرط الأساسي لإعمال انتقاص العقد هو ألا يكون متعارضًا مع قصد أي من المتعاقدين، بمعنى أنه إذا ثبت أيهما أنه ما كان ليرتضي العقد بغير الشق الباطل، امتنع انتقاصه، وبطل كله، فلا يكفي مجرد أن يكون محل العقد قابلاً بطبيعته للانتقاص (التجزئة)، إذا تعارض هذا مع قصد العاقدين[1].

٩٩ ـ حالات يتقرر فيها انتقاص العقد بنصوص خاصة:

قد يقرر المشرع وبنص خاص إنقاص التصرف في بعض الحالات، وهذه الحالات يرد النص عليها بصيغة الأمر ـ كقاعدة آمرة ـ وفي هذه الحالات يتعين إعمال تلك النصوص بصرف النظر عما كان يتجه إليه قصد المتعاقدين، وذلك لعدم إمكان اتجاه هذا القصد إلى ما يخالف القواعد الآمرة، وإعمال تلك النصوص يؤدي إلى إزالة الجزء الباطل، وبالتالي يصحح العقد ويرتب آثاره القانونية في حدود الجزء الآخر الصحيح، وهو ما يعني انتقاص العقد، ولكن بنص القانون لا بإرادة الأطراف.

مثال ذلك ما يقضي به القانون من أنه إذا تم الاتفاق بين الشركاء في الشيوع على البقاء في هذه الحالة مدة تزيد على خمس سنوات، أنقص الاتفاق إلى خمس سنوات فقط (م٨٣٤مدني).

ومن ذلك أيضًا ما يقضي به القانون من أنه في حالة الاتفاق على فوائد «ربوية» تزيد على السعر القانوني، وجب إنقاص السعر في هذه الحالة إلى الحد الذي يقرره القانون (م٢٢٧/ ١مدني) وهنا يعمل بالإنقاص في حدود ما

---

(١) عبد الفتاح، ص٥٠٠. انظر: نقض مدني ٢١/ ٤/ ١٩٧٣ (مجموعة النقض س٢٤ ص٦٤٩ رقم ١١٥).

يقضي به المشرع، دون ماضرورة بعد ذلك للالتزام بما تتطلبه المادة ١٤٣ من شروط[١].

فإعمال النصوص القانونية في مثل هاتين الحالتين يؤدي إلى تصحيح العقد بعد إزالة ما كان فيه من عيب، وبذلك يستقر وجود العقد صحيحًا بين الطرفين، وهذا يختلف عن حالة تحول العقد على ما سنرى.

المطلب الثاني: تحول العقد:

١٠٠ ـ المقصود بتحول العقد:

إذا لحق العقد البطلان لكونه نشأ منذ البداية باطلاً، أو لأنه قضي بإبطاله بعد أن كان قابلا للإبطال، فإن ذلك يؤدي إلى انهيار العقد بأثر رجعي، وهذا الانهيار لا يترتب على العقد إلا باعتباره تصرفًا قانونيًا؛ فالبطلان لا يمس العقد باعتباره واقعة مادية تمت في حقيقة الأمر والواقع، وقد تتضمن هذه الواقعة المادية العناصر الأساسية لعقد آخر غير الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة يمكن أن يقوم هذا العقد الآخر على أنقاض العقد الباطل، أو أن العقد الباطل يتحول، كما يقول الفقه السائد، إلى عقد صحيح، وهذه هي نظرية تحول العقد[٢].

وتحول العقد على هذا النحو يختلف عن انتقاص العقد؛ ذلك أن العقد قد يبطل في شق منه، ويكون صحيحًا في شق آخر، فيبطل الشق الباطل

---

(١) توفيق فرج، بند ١٨٢ ص ٢٦٤.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، بند (٢٤٩).

فقط مع الاقتصار على الشق الصحيح، في حين نجده في هذه النظرية يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، ومع ذلك تتوافر فيه عناصر عقد آخر، يختلف عن العقد الباطل، وفي هذه الحالة، بدلاً من أن يسقط العقد الذي انتواه أطرافه، يتحول إلى تصرف آخر، هو التصرف الذي توافرت عناصره، وبهذا يفترق عن عملية انتقاص العقد.

ولا شك أن هذا التحول يترتب على العقد الباطل أو القابل للإبطال بصفة عرضية، لا بصفة أساسية، لأن الطرفين لم يقصدا ـ أساسا ـ التصرف الذي توافرت أركانه، وإن كانت إرادتهما المحتملة تتجه إليه لو علما بأن التصرف المقصود أصلا تصرف معيب[1].

والأمثلة على تحول العقد الباطل كثيرة منها: اعتبار الكمبيالة ـ التي لا تستوفي شروطها الشكلية ـ سنداً إذنيًا متى توافرت ـ فيها ـ شروطه، وإلا كانت سنداً عاديًا لوجود التوقيع عليها فقط[2] وتحول القسمة التي ترد على الملكية، والتي يقضى بإبطالها لنقص أهلية أحد المتقاسمين إلى قسمة مهيأة، أي انتفاع، إذا كان هذا المتقاسم مأذونًا له في الإدارة، وكذاتحول المحرر [illegible] في بعض الأحوال[3].

---

(١) توفيق فرج، ص٢٦٥.

(٢) [illegible]

(٣) م ١٠ إثبات.

١٠١ ـ شروط تحول العقد:

يشترط لإعمال نظرية تحول العقد، ثلاثة شروط، تستفاد من نص المادة ١٤٤ من القانون المدني وهي:

أولاً: يلزم أن يكون التصرف الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال، ويجب أن ينصرف البطلان أو القابلية للإبطال إلى التصرف كله، لا إلى شق منه كما في حالة انتقاص العقد.

ثانيًا: يجب أن تتوافر في العقد الباطل، عناصر عقد جديد آخر، وأن تتوافر تلك العناصر من تلقاء نفسها دون حاجة إلى إدخال عنصر جديد عليه[1].

ثالثًا: يجب أخيرًا أن يتضح أن إرادة المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى التصرف الجديد، لو تبين لهما أن التصرف الذي قصداه أصلاً كان باطلاً، وبعبارة أخرى افتراض أن الطرفين كانا يقبلان هذا التصرف الجديد، لو علما أن التصرف الذي قصدا إنشاءه أصلاً كان باطلاً[2]. ويستطيع القاضي أن يتبين من ظروف التعاقد هذه الإرادة المحتملة للمتعاقدين، وله دور إيجابي نشط في هذه الحالة.

---

(١) نقض مدني ٢٦/ ١١/ ١٩٧٠ (مجموعة النقض س٢١ ص١١٧٦).
(٢) السنهوري، جـ١، بند (٣٠٧).

المطلب الثالث : إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد :

١٠٢ ـ القاعدة:

الأصل في حالة بطلان العقد أو إبطاله هو وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك لمحو كل ما يكون قد ترتب على إبرام العقد الذي تقرر إبطاله[١] .

ولا صعوبة في إعمال هذه القاعدة، إذا كان العقد لم ينفذ بعد، حيث لا يتغير وضع أي من طرفي العقد، وتسير الأمور كأن شيئًا لم يحدث، ولكن الصعوبة تثور إذا كان قد تم تنفيذ العقد كله أو بعضه، حيث تستدعي إعادة الحالة التي كان عليها المتعاقدان قبل التعاقد أن يسترد كل منهما ما وفاه.

فلو كان العقد بيعًا، وقضي بإبطاله بعد أن سلم البائع المبيع للمشتري ودفع المشتري الثمن للبائع، وجب على المشتري أن يرد المبيع للبائع، ووجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشتري، وقد يتعذر ذلك في بعض الأحيان، إذ قد يستحيل إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، كما أن هناك حالات لا يلتزم فيها الشخص بالرد، أو لا يلتزم برد بعض ما تم قبضه تنفيذًا للعقد.

وإذا كان هذا هو الأصل في حالتي إبطال العقد وبطلانه، وأنه لابد من إعادة الحال إلى ما كان عليه المتعاقدان قبل التعاقد، إلا أنه يمكن القول بصفة

---

(١) م ١٤٢/ ١ مدني.

عامة، أن هذه الإعادة قد تستحيل في بعض أنواع العقود، كما هو الحال بالنسبة لعقود المدة أو العقود الزمنية، وقد لا يتسنى رد الأوضاع إلى ما كانت عليه حماية لحسن النية، سواء بالنسبة للمتعاقدين أم بالنسبة إلى الغير، أو لنشوء مراكز قانونية جديدة كان العقد مناسبة لقيامها، كما لا يتسنى الرد كاملاً حماية لناقصي الأهلية(1).

١٠٣ ـ الاستثناء:

مما سبق يتضح أن إعمال قاعدة وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد يرد عليه استثناءات كثيرة، أهمها ما ذكرنا، وهو أنه لا يجب إعادة الحال إذا كان ذلك متعذراً، كما لو كان محل العقد ليس شيئًا بل خدمة أو منفعة كعقد العمل وعقد الإيجار، وبصفة عامة عقود المدة، وكذا إذا نشأ مركز قانوني جديد كان العقد مناسبة لقيامه، كما في حالة الشركة الباطلة، وقد لا تلزم الإعادة حماية لحسن النية، وأخيراً قد لا تتم الإعادة كاملة، حماية لناقص الأهلية، ولذا سنعرض لهذه الاستثناءات تباعًا.

أولاً: إعادة الحال في العقود الزمنية:

إذا كان من اليسير إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد في العقود الفورية، كما هو الشأن في عقد البيع، فإن الأمر يكون على خلاف ذلك بالنسبة للعقود الزمنية أو عقود المدة، حيث يعتبر الزمان فيها عنصراً

---

(1) لبيب شنب، ص٢٣٤. توفيق فرج، ص٢٦٨.

جوهريًا، كما هو الحال بالنسبة لعقد العمل وعقد الإيجار، حيث يستحيل إعادة الحال فيهما إلى الوضع الذي كان عليه المتعاقدان قبل التعاقد، وترجع هذه الاستحالة إلى طبيعة الالتزامات التي تترتب علي تلك العقود؛ لأنها التزامات ممتدة، وما تم تنفيذه لا يمكن استرداده أو محوه واعتباره كأن لم يكن.

ففي عقد العمل يكون العامل قد قام بالعمل فترة من الزمن لصالح رب العمل، فإذا ما حكم بإبطال هذا العقد كان من المستحيل على رب العمل أن يعيد للعامل المجهود الذي بذله في خدمته، وإن كان من الممكن للعامل أن يعيد ما أخذه من رب العمل.

وفي عقد الإيجار يقوم المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة، وتحسب المنفعة مقابل المدة، فإذا ما قضي ببطلان هذا العقد، فإن منفعة الشيء المؤجر لا يمكن ردها إلى المؤجر؛ لأنها مرتبطة بالزمن، وما مضى منه لا يعود، ولذلك جرى العرف القانوني هنا على وجوب التسوية - في العقدين - في العلاقة بين الطرفين على أساس أن يدفع صاحب العمل إلى العامل قيمة العمل الذي أداه لحسابه، كما يلتزم المستأجر برد العين المؤجرة ودفع قيمة منفعته خلال المدة التي انتفع بها خلالها.

ولايشترط أن تكون قيمة العمل أو قيمة منفعة الشيء مساوية للأجر أو الأجرة المتفق عليها في العقد الذي تقرر بطلانه، فتحدد تلك القيمة بصرف النظر عن التحديد الوارد في العقد، وإن كان الذي يحدث عملاً

هو الاسترشاد بما كان يحدده العقد في هذا الشأن[1] ، وبهذا يتضح صعوبة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، فتتم التسوية - كما ذكرنا - استثناء.

ثانيًا: اكتساب مراكز قانونية جديدة بمناسبة العقد الباطل:

يحدث ذلك عملاً في أحوال كثيرة، غير أن من أشهر أمثلة هذه المراكز القانونية هو «الشركة الباطلة» فقد تكون الشركة باطلة لأي سبب من الأسباب التي يقررها القانون، فإذا ما تقرر بطلانها بعد قيامها وممارستها لنشاطها، أصبح من غير الممكن إعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل، إذ لا يمكن أن يزيل البطلان الوجود الفعلي أو الواقعي الذي اتخذ مظهر الشركة المنتظمة في الفترة ما بين التأسيس إلى الحكم بالبطلان، أي في الفترة التي مارست فيها الشركة نشاطها، وتسمى في هذه الحالة بالشركة الواقعية أو الفعلية[2] .

فعقد الشركة بالنسبة لهذه الفترة، بالرغم من أنه عقد باطل، إلا أنه ينتج آثاره، كما لو كانت شركة صحيحة[3] .

أما بالنسبة إلى المستقبل، أي بعد الحكم بالبطلان، فإنه تترتب عليه آثاره من حيث اعتبار الشركة كأن لم تكن، وبهذا يتضح أن بطلان الشركة لا يؤدي إلى إبطال العقود المنظمة قبل صدور الحكم به، وتظل هذه العقود التي أبرمتها قبل البطلان مع الغير قائمة، إلا أن الحقوق والالتزامات التي ترتبت

---

(١) لبيب شنب، ص٢٣٥.

(٢) توفيق فرج، ص٢٧٢. عبد الخالق حسن، ص١٨٨.

(٣) ثروت عبد الرحيم، الوجيز في القانون التجاري، ١٩٧٩، ص٢٢٤ بند ٣٢٥.

على تلك العقود لاتنصرف إلى الشركة، إذ ليست لها شخصية معنوية، ولكنها تنصرف إلى الشركاء شخصيًا، ولا يكون ذلك إلا في حدود النظام العام، وبالتالي فإن الوجود الفعلي للشركة لا ينتج آثاراً قانونية مخالفة للنظام العام.

ثالثًا: حماية الغير حسن النية من تطبيق القاعدة العامة:

قد يترتب على إعمال القاعدة التي تقضي بوجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، أن يترتب ضرر فادح ليس لأحد المتعاقدين فحسب ولكن للغير حسني النية الذين يتعاملون على أساس قيام العقد. وحتى يمكن تفادي هذا الضرر كان لابد من ترتيب بعض الآثار والإبقاء عليها بالنسبة للمتعاقد حسن النية، وفي غالب الأحيان بالنسبة للغير، ويتحقق ذلك في الحالات الآتية:

أ- حائز العقار حسن النية، ويكون ذلك بالنسبة للعقود الناقلة للمكلية إذا كان العقد باطلاً، وكان أحد المتعاقدين حسن النية، فإنه إذا كان قد حصل علي الثمار، فإنه لا يلتزم بردها عند رد الشيء على أثر الحكم بالبطلان وإعادة الحال إلي ما كان عليه، وذلك أن الحائز يكسب ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية (٩٧٨/ ١مدني).

ب- حائز المنقول حسن النية. ويتحقق ذلك في حالة حيازة المنقولات إعمالاً لقاعدة الحياة في المنقول (م٩٧٦/ ١ مدني)، وإعمال هذه القاعدة بالنسبة للحائز حسن النية يعطل من آثار البطلان، إذ لا يلزم الحائز حسن

النية برد المنقول الذي آل إليه من أحد المتعاقدين في العقد الذي تقرر بطلانه.

جـ - حالة التصرف في العقار. قد لا تعمل آثار البطلان كاملة حماية لحسن النية، فإذا تم هذا التصرف بعقد معيب تقرر بطلانه، ينبغي - في الأصل - أن يعاد الحال إلى ما كان عليه، وبالتالي يسترد البائع العقار، ويكون الأمر كذلك حتى ولو كان المشتري قد تصرف فيه بعد ذلك إلي شخص ثالث حسن النية، يجهل سبب بطلان العقد الذي أبرمه بائعه، في هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من هذا الشخص حسن النية، متى حازه واكتسب حقًا عينيًا عليه، وذلك قبل شهر دعوى الإبطال (م١٥، ١٧ من قانون الشهر العقاري).

ولما كان من المستحيل في هذه الحالة إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، نظرًا لتمسك هذا الشخص الثالث بحقه على المبيع، فإنه لا مفر من الحكم بالتعويض، وذلك في العلاقة بين البائع والمشتري الأول، وذلك حماية للغير حسن النية[١].

د - الدائن المرتهن إذا كان حسن النية. فإذا تقرر إبطال سند ملكية الشخص، وذلك بعد أن كان قد رهن العقار إلى دائن مرتهن حسن النية، يجهل عند قيام الرهن، السبب الذي يشوب عقد ملكية مدينه الراهن، فإن الرهن يظل قائمًا حتى بعد تقرير إبطال سند ملكية الرهن، وبذلك تعود

(١) توفيق فرج، ص٢٧٥.

الملكية إلى المالك الأصلي محملة بالرهن[1].

رابعًا: حالة نقص الأهلية:

يقضي القانون المدني بأنه إذا أبطل العقد لنقص الأهلية، فإن ناقص الأهلية لا يلزم برد إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م١٤٢/ ٢ مدني).

وعلى ذلك فإنه إذا كان الأصل، في حالتي إبطال العقد وبطلانه أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وأن يرد كل منهما ما قبض تنفيذًا له، إلا أنه بالنسبة لناقص الأهلية لا يلزم بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة، أي لا يلزم إلا في حدود ما أثري به فقط، لا بما أضاعه في ملذاته ولهوه، وذلك في الوقت الذي له أن يسترد فيه ما أدى إلى الطرف الآخر[2].

ويلاحظ أن هذا الحكم قاصر على ناقص الأهلية، فلا يفيد منه من كان كامل الأهلية، وينسحب من باب أولى على فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز.

ويقع عبء الإثبات هنا على من يدعي خلاف الأصل، فإن ادعى ناقص الأهلية أنه لم يفد شيئًا، وقع عبء الإثبات على عاتق الطرف الآخر، وأنه أفاد مما أخذه، أو أنه أفاد أكثر مما أقر به، باعتبار أن ناقص الأهلية في هذه

---

(١) م ١٠٣٤ مدني.

(٢) توفيق فرج ص٢٧٨.

الحالة ادعى الأصل[1].

المطلب الرابع : تعويض الضرر الناشئ عن البطلان :

١٠٤ - قد يثير البطلان - بالإضافة إلى ما سبق - موضوعًا آخر يتعلق بتعويض الأضرار التي تقع بأحد المتعاقدين من جرائه، فقد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، ثم يقوم الطرف الذي كان سبب البطلان من جانبه بطلب البطلان، وقد يترتب على تمسكه بالبطلان الإضرار بالطرف الآخر الذي يكون قد رتب أموره على اعتبار أن العقد موجود وصحيح، ثم يفاجأ بالبطلان.

ويبدو هذا في الحالات التي لا يستلزم فيها القانون اشتراك الطرف الآخر في سبب البطلان أو علمه به، إذ في هذه الحالات لا تكون هناك مفاجأة وبالتالي لا يكون للطرف الذي أضير بسبب البطلان أن يطالب بتعويض.

أما في حالة المفاجأة، فإنه يحق للطرف الآخر حسن النية، والذي لم يشترك في سبب البطلان ولم يعلم به، أن يطالب بتعويض، مثال ذلك حالة ما إذا كان تعاقد قاصر مع آخر، واطمأن هذا الآخر إلى أن العقد صحيح، فلو تمسك ناقص الأهلية في هذه الحالة بإبطال العقد، وترتب على هذا الإبطال ضرر للمتعاقد معه الذي لا يعلم بسبب البطلان، كان من حق هذا المتعاقد أن يطالب بتعويض الأضرار التي لحقته.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص٤٩٣.

وهذا ما نص عليه القانون المدني، حيث يقضي بأنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته» (م١١٩) أي لم يعلم بالعيب المتعاقد معه، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به.

ولا صعوبة إذا واجه المشرع المسألة بنص تشريعي - كما في المثال المذكور - إذ يجنبنا بذلك البحث في إمكان طلب التعويض، وفي الأساس الذي يقوم عليه، ولكن الصعوبة قائمة لوجود فروض كثيرة لم يرد فيها نص من المشرع، ولهذا وجد في الفقه ما يسمى بنظريه الخطأ عند تكوين العقد، لتسد النقص التشريعي في هذا الشأن.

١٠٥ - نظرية الخطأ عند تكوين العقد:

مؤدى هذه النظريةأنه إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتقرر إبطاله، فقد يكون سبب البطلان راجعًا إلى أحد المتعاقدين، دون المتعاقد الآخر، في هذه الحالة تقضي هذه النظريةبوجوب إن يُعوَّض هذا المتعاقد الآخر، إذا كان حسن النية، وإن اختلف الأساس الذي يقوم عليه التعويض فالبعض أقامه على أساس المسئولية العقدية، والبعض الآخر يؤسس ذلك على فكرة المسئولية التقصيرية[١].

هذا ولم يأخذ القانون المدني المصري بهذه النظرية، فبعد أن كان المشروع

---

(١) راجع بالتفصيل مضمون النظرية والأساس الذي تقوم عليه ونشأتها التاريخيةةتوفيق فرج، بند (١٩٢)، ص٢٨٢ ومابدعها.

التمهيدي يأخذ بها في المادة ٢٠٤ من مجموعة الأعمال التحضيرية حيث كانت تنص على أنه «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان، فعلى الطرف الذي يتمسك بالبطلان أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد، دون أن يتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التي كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحًا، على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد في وقوع هذا البطلان، إن كان يعلم بسببه، أو ينبغي أن يعلم به[1].

إلا أنه ألغى هذا النص في لجنة المراجعة النهائية وبرر الحذف بأن (نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها في هذا المشروع، فوافقت اللجنة على ذلك)[2].

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص٢٦٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص٢٦٣.

الباب الثاني

آثار العقد وانتهاؤه

١٠٦ ـ تمهيد وتقسيم :

إذا توافر للعقد أركانه وشروط صحته ـ السابق ذكرها ـ واستجمع بذلك مقومات وجوده، فإنه يرتب آثاره القانونية التي استهدفها أطرافه منذ نشأته، وهو يرتب هذه الآثار وفق ما تمليه إرادة الأطراف ونصوص القانون، وبالتالي يتم تنفيذه، حيث ينشئ التزامات وحقوق لكل أطرافه، ويستطيع كل طرف في العقد أن يطالب الآخر بتنفيذ التزاماته التي ولدها العقد، وبتمام التنفيذ يكون العقد قد انتهى، حيث أنه مر بجميع مراحله المفترضة، وهكذا ينتهي العقد بالتنفيذ، وقد ينتهي أيضًا بالإبطال، إذا ما اختل شيء من مقوماته، حيث يقال في هذه الحالة أن العقد لم يوجد أصلاً، وبالتالي يكون الانتهاء وصف ملازم له، سواء كان باطلاً أو قابلاً للإبطال، إذ العقد القابل للإبطال إذا ماتقرر بطلانه، فإنه يرجع في ذلك إلى الماضي، أي منذ نشأته، ولهذا فإن العقد ينتهي بالبطلان أوالإبطال، وقد ينتهي العقد بالانحلال وهوأن يقوم صحيحًا إلا أنه قد تطرأ عليه أمور تؤدي إلى إنهائه دون تنفيذ أوإبطال.

ولهذا فسوف نقسم البحث في هذا الباب إلى فصلين: نتكلم في الأول منهما عن آثارالعقد، ونتناول في الثاني: انتهاء العقد.

الفصل الأول

آثار العقد

١٠٧ ـ تمهيد وتقسيم:

يرتب العقد ـ إذا نشأ صحيحًا ـ جملة من الآثار، التي تعني إنشاء التزامات علي عاتق كل من طرفيه أو على عاتق أحدهما، بحسب ما إذا كان ملزمًا للجانبين أوملزمًا لجانب واحد، كماتعني هذه الآثار عدم إمكان التحلل منه بالإرادة المنفردة إلا في الحالات التي يقررها القانون، حيث يكون للعقد في هذه الحالة قوة ملزمة، إذ العقد شريعة المتعاقدين، والمتعاقدان دون غيرهما يلتزمان بمايرتبه العقد من التزامات، وعلى هذا فإن دراسة آثارالعقد تتعلق بمعرفة ما يتضمنه من حيث الموضوع، ومن حيث الأشخاص الذين تترتب تلك الآثار بالنسبةلهم. ولهذا فسوف نعرض لآثارالعقد من حيث الأشخاص، ومن حيث الموضوع، وذلك في مبحثين مستقلين.

المبحث الأول
آثار العقد من حيث الأشخاص

١٠٨ ـ نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص:

يترتب على نشوء العقد التزامات تقابلها حقوق، وهذه الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد تنصرف إلى المتعاقدين ولا تنصرف إلي غيرهما[١] وهذه القاعدة تعتبر نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، فالعقد ينتج أثره الملزم في مواجهة الاشخاص الذين أرادوا هذا الاثر وهما المتعاقدان، ولكن اصطلاح المتعاقدين لا يقتصر فقط على من أظهر إرادته في إبرام العقد، بل يشمل كذلك من يمثله المتعاقدان في التعاقد، وقد أعتبر القانون أن المتعاقد يتعاقد لحساب ذاته، ولحساب خلفه العام، ولحساب خلفه الخاص بشروط معينة[٢].

أما غير المتعاقدين وخلفائهما، فلا تنصرف إليه آثار العقد، إلا إستثناء في الحدود التي سنوضحها فيما بعد، ولهذا فسوف نتكلم عن آثار العقد بالنسبة للخلف العام، ثم آثاره بالنسبة للخلف الخاص، وأخيرا آثاره بالنسبة للغير، وذلك في مطالب متتالية:

---

(١) يلاحظ أن عدم إنصراف اثار العقد إلى الغير لا يمنع من إمكان الاحتجاج به عليه، بإعتبار أن العقد ظاهرة إجتماعية، لا يستطيع الغير انكار وجوده ولا إنكار الآثار التي تترتب في ذمة أطرافه (لبيب شنب ص ٢٦٣ هامش ١).

(٢) م ١٤٥ مدني

المطلب الأول: آثار العقد بالنسبة للخلف العام:

١٠٩ ـ تمهيد:

يقصد بالخلف: الشخص الذي يتلقى الحق عن غيره[(١)] وهو نوعان:

خلف عام وخلف خاص. أما الخلف العام فهو من يخلف سلفه في كل حقوقه أو حصة حسابية منها كالربع، أو النصف دون تعيين لحق معين فيها وهو بهذه الصفة قد يكون خلفا وحده، أو خلفا فيها مع غيره، وفي ضوء هذا التحديد يتبين أن الخلف العام بالنسبة للشخص الطبيعي (الإنسان)[(٢)] هو أحد إثنين:

الأول: الوارث، سواء كان وحيدا أو مع غيره.

الثاني: الموصي له بنسبة من مجموع التركة كثلثها أو ربعها أو خمسها.

أما الخلف الخاص فهو كل من يتلقى من سلفه ملكية شئ محدد أو حق عيني آخر عليه، ومن ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل، فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع بالنسبة للشئ المبيع، وكذا الموهوب له خلفا خاصا للواهب في الموهوب، وكذا من يتقرر له حق إرتفاق أو حق رهن ، يعتبر خلفا خاصا لمالك الشئ الذي تقرر الحق عليه، وأخيرا يعتبر خلفا خاصا من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل عن طريق حوالته إليه.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٧٠ بند (٢٨٥) / لبيب شنب. بند (٢١٣).

(٢) لا يقتصر الخلف العام على الشخص الطبيعي، بل قد تكون الخلافة العامة في الشخص الإعتباري (م ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج في شركات المساهمة. نقض مدني ١٥ / ٢ / ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٤٥٤ رقم ٨٧).

١١٠ ـ مضمون القاعدة:

الأصل أن آثار العقد، بعد أن تلحق المتعاقدين ، تنصرف إلى الخلف العام لهما (م ١٤٥)، بحيث أنه إذا أبرم شخص عقدا من العقود، ثم توفى العاقد، فإن الآثار المترتبة على هذا العقد تنصرف إلى ورثته، وإلى من عساه أن يكون قد أوصى له بحصة من التركة.

ويسري العقد على الخلف العام بنفس الوضع الذي كان ساريا به من قبل على سلفه، ولا صعوبة في أعمال هذه القاعدة إذا لم يكن المتوفي مدينا لأحد عند وفاته، إذ تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى ورثته، فيصبح لهم المطالبة بالحقوق، كما يمكن مطالبتهم بالالتزامات.

أما إذا توفى المتعاقد مدينا ، فإن القانون المصري لا يأخذ بأحكام الخلافة كقاعدة عامة، إذ يحول دون الأخذ بها المبدأ العام الذي يسود نظام الميراث الشرعي، وهو أنه «لاتركة إلا بعد سداد الديون»، ذلك أن الأصل هو أن يبدأ بسداد ما على المتوفي من ديون من أموال التركة، فكأن الوارث ـ وفقا لهذه القاعدة ـ لا يخلف سلفه في ديونه، حيث تظل أموال التركة على ذمة المتوفي حتى يتم سداد الدين، فإن بقى منها شئ بعد ذلك إنتقل إلى الورثة، ولذا يمكن القول بأن الخلافة العامة في شأن المتوفي المديون قاصرة على الحقوق دون الالتزامات، وهذا هو الراجح في الفقه المصري[1] ولعل هذه القاعدة الشرعية هي التي جعلت المشرع المصري يتحفظ بشأن انتقال أثر العقد إلى الخلف العام، حيث أورد هذا ا لتحفظ بقوله «دون إخلال بالقواعد المتعلقة

---

(١) لبيب شنب، ص ٢٦٥.

بالميراث» (م ١٤٥).

١١١ ـ الإستثناء من القاعدة:

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن آثار العقد تنصرف بعد موت العاقد إلي خلفه العام في الحدود السابق بيانها، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يرد عليها الاستثناءات الآتية:

١ ـ إذا نص القانون صراحة على إنقضاء العقد بوفاة المتعاقد. مثال ذلك: إنتهاء عقد الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل (م ٧١٤ مدني) وأيضا إنتهاء عقد شركة الاشخاص بوفاة أحد الشركاء (م ٥٢٨ / ١ مدني). ويحدث هذا في كل حالة يكون فيها شخصية المتعاقد محل إعتبار.

٢ ـ إذا اتفق المتعاقدان على أن وفاة أحدهما تنهي العقد، فلا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى ورثته، حيث أن مثل هذا الاتفاق يعد صحيحا، باعتبار أن قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام، ولذا يجوز الاتفاق علي ما يخالف احكامها.

٣ ـ إذا كانت طبيعة العقد تقتضي إنتهاءه بوفاة أحد المتعاقدين كما في حالة عقد الايراد المرتب لمدي الحياة.

٤ ـ وأخيرا قد يأخذ الخلف العام حكم الغير بالنسبة إلي تصرفات سلفه، وبالتالي لا يخلفه في كل آثار تصرفاته، مثل الوصية فيما زاد علي ثلث التركة، حيث لا ينفذ هذا في حق الورثة إلا إذا اقروها، ولذا اعتبر المشرع المصري تصرفات الشخص في مرض الموت في حكم الوصية، ويجري

عليها أحكام الوصية (م ٩١٦ / ١ مدني).

المطلب الثاني : آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص :

١١٢ ـ علمنا أن ا لخلف الخاص هو من يتلقى عن المتعاقد حقا على شئ معين كحق الملكية أو أي حق عيني آخر عليه، فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع في المبيع، وكذا الموهوب له ـ على نحو ما أسلفنا ـ .

والاصل أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه، وبالتالي فإن آثار هذه العقود لا تنصرف إليه، فعقد القرض الذي يبرمه البائع قبل البيع، لا تنصرف آثاره الى المشتري ، وهذا أمر واضح متى كان العقد لا يمس الشئ الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فإذا آل الى الخلف ملكية عقار مثلا. فلا يتأثر هذا الخلف بما أبرمه سلفه من تصرفات لا تمس هذا العقار[1] .

ولكن قد يحدث أن يبرم السلف عقدا يتعلق بنفس الشئ الذي انتقل إلى الخلف، كأن يتعاقد مالك منزل على صيانة المصعد الموجود به، ثم يبيعه، أو يؤمن مالك السيارة عليها ـ قبل بيعها ـ من الحريق، فهل تنصرف آثار عقد الصيانة والتأمين في هذين المثالين إلى الخلف الخاص أم لا؟

لقد عالج القانون المصري هذا الامر في المادة ١٤٦ منه [2] والتي يتضح

(١) توفيق فرج، ص ٣٢٤.

(٢) تنص م ١٤٦ مدني على إنه «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا ا لخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه».

من نصها أن العقود التي يبرمها السلف والتي تتصل بالشيء الذي إنتقل بعد ذلك إلى الخلف ، كالمشتري ، ترتب آثارها - من حقوق والتزامات - بالنسبة لهذا الخلف بالشروط الآتية :

١ - أن يكون تاريخ العقد سابقا على التصرف الذي انتقل الشيء بموجبه إلى الخلف الخاص ، فإذا ابرم العقد بعد انتقال هذا الشيء الى الخلف الخاص فلا تنصرف إليه آثاره .

٢ - أن تكون الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف . ويعتبر الحق من مستلزماته إذا كان مكملا له ، كحق التأمين الذي كان السلف قد أبرمه بالنسبة لهذا الشيء . كما يعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان يحد من الانتفاع بهذا الشيء ، كالالتزام بعدم البناء زيادة عن إرتفاع معين ، أو زيادة عن مساحة معينة .

٣ - أن يكون الخلف عالما بتلك الاثار وقت انتقال الشيء إليه ، فيلزم أن بكون عالما بالحقوق والالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء المنقول اليه ، وأن يتحقق هذا العلم في قت معين ، هو وقت انتقال الشيء إليه ، وذلك لعدم مفاجأة الخلف بوجود هذه الآثار أيا كان نوعها ، ويشترط في هذا العلم أن يكون يقينيا[١] .

ويرى البعض أنه لا محل لاشتراط العلم إلا بالنسبة للالتزام فحسب ، أما الحق فهو مشترط لمصلحة الخلف الخاص ، وبالتالي لا يشترط العلم به[٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ، ص ٢٧٧ وما بدها .

(٢) إسماعيل غانم ، ص ٣٥٢ ، بند (١٨٠) .

المطلب الثالث: آثار العقد بالنسبة للغير

۱۱۳ القاعدة:

تقضي القاعدة العامة بأن آثار العقد لا تنصرف إلى الغير، ويعبر عن ذلك بأن للعقد أثرا نسبيا ينحصر فيما بين المتعاقدين وخلفهما.

ويقصد بالغير هنا كل شخص لم يكن طرفا في العقد، وليس خلفا عاما أو خاصا لأحد أطرافه، فلو أبرم عقد بيع، واتفق البائع والمشتري على عرض ما يقوم بينهما من منازعات - بشأن تنفيذ هذا العقد - على التحكيم بدلا من اللجؤ إلى القضاء، ثم قام البائع بالتعاقد مع شركة نقل لتوصيل المبيع إلى المشتري، فإن شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد البيع، لا يمتد أثره إلى الناقل، لإنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد[1].

والقاعدة أن العقود لا تضر ولا تنفع غير عاقديها وخلفهما - في حدود ما أسلفنا - ويلحق بالغير الدائنون العاديون، فلا يسري آثر تصرفات مدينهم عليهم، خلافا لبعض التشريعات التي تجعل هؤلاء الدائنين من قبيل الخلف العام بالنسبة لمدينيهم[2].

١١٤ - الاستثناء:

إذا كانت قاعدة عدم انصراف آثار العقد إلى الغير مطلقة بالنسبة للإلتزامات، بحيث لا يمكن للعقد أن يرتب إلتزاما علي شخص لم يكن

---

(١) لبيب شنب، ص ٢٦٨، بند (٢١٨).

(٢) كالقانون اللبناني، انظر المادة ٢٢٢ من قانون الموجبات والعقود.

طرفا فيه، ولا خلفا لأحد أطرافه[1] إلا أنها لاتنطبق فيما يتعلق بالحقوق، ولهذا يجيز القانون المصري أن يكسب الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه، ولا خلفا لأحد أطرافه، فينص في المادة ١٥٢ منه على أنه «لايرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا».

وعلى ذلك فإن تعهد أحد اطراف التعاقد بجعل الغير يلتزم، لا يلزم هذا الغير، وبالعكس فإن التعاقد المقصود به إنشاء حق لمصلحة الغير ينشئ حقا لهذا الغير، ولهذا فسوف نبحث موضوع التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير في فرعين متتالين:

الفرع الأول: التعهد عن الغير:

١١٥ ـ مضمونه:

هو عقد بين شخصين، بمقتضاه يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه[2].

بيد أن هذا النوع من التعاقد ـ بهذا المعنى ـ قد يوحي مظهره بأنه يتضمن إستثناء من قاعدة أن العقود لا تضر الغير، مع أنه في حقيقته مجرد تطبيق لهذه القاعدة، ويتضح ذلك بالمثال. فلو أن أخوان يملكان مالا على الشيوع، فقام أحدهما ببيع هذا المال كاملا، أصيلا عن نفسه بالنسبة لحصته، ومتعهدا

---

(١) هذا الاطلاق مبني علي الاغلبية في العقود، وإلا فإنه يجوز التزام الغير في بعض الاحيان، كالعقود التي تبرمها الغالبية، ويلتزم بها الاقلية في حالة تصالح جماعة الدائنين مع التاجر المفلس. انظر: توفيق فرج، ص٣١٦.

(٢) لبيب شنب، ص ٢٧٠، بند (٢٢٠).

عن أخيه بأن يجعله يقبل البيع بدوره ، بالنسبة لحصة هذا الأخ.

في هذا المثال يعتبر من أبرم البيع بائعا بالنسبة إلى نصيبه، ومتعهدا عن الغير ، وهو هنا أخوه، الذي ليس طرفا في عقد البيع ولا خلفا لاحد أطرافه، وذلك بالنسب إلي نصيب هذا الاخير.

ومن هذا التعريف يتضح أن نظام التعهد عن الغير يتضمن ثلاثة أشخاص:

١ ـ المتعهد : وهو أحد طرفي عقد التعهد عن الغير ، وهو يتعهد في مواجهة المتعاقد معه، بأن يجعل هذا الغير يقبل التحمل بالتزام معين لصالح المتعاقد معه.

٢ ـ المتعهد له: وهو الطرف الآخر في عقد التعهد عن الغير، وهو الذي يحصل التعهد لمنفعته.

٣ ـ المتعهد عنه: وهو ذاك الذي يلتزم المتعهد بأن يجعله يقبل الالتزام لصالح المتعهد له، وهو ليس طرفا في عقد التعهد عن الغير، بل هو الغير نفسه.

ويلاحظ أن من أهم مايميز نظام التعهد عن الغير أن المتعهد يتعاقد بإسمه هو، لا باسم المتهد عنه، فهو أصيل عن نفسه، لا نائبا عن المتعهد عنه، وفي هذا يختلف نظام التعهد عن الغير اختلافا أساسيا عن نظام النيابة، حيث أن النائب لا يتعاقد بإسمه هو، وإنما بإسم الأصيل ولحسابه[١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٥٨٦ ، بند (٢٩١).

١١٦ ـ أثر التعهد عن الغير:

يتضح من نص القانون المدني [١] إنه لا يجوز الزام شخص من الغير بعقد لم يكن طرفا فيه، ولم يلتزم به هو شخصيا، ومع ذلك فإنه إذا تم التعهد في صورته السابقة، فإننا نكون أمام فرضين، ذلك أن الغير قد يرفض التحمل بالالتزام المتعهد به، وقد يقبل، وذلك كما يلي:

١١٧ ـ حالة قبول الغير للتعهد:

إذا نجح المتعهد في مسعاه وحمل الغير على قبول التعهد، فإنه يعتبر بذلك يكون قد وفي بإلتزامه، قبل المشتري في المثال السابق، وبالتالي تنشأ علاقة مباشرة بين المتعهد له والغير، وينتج قبول الغير للتعهد أثره في هذه العلاقة، من وقت صدوره فقط، ومع ذلك فقد يتضح بصورة صريحة أو ضمنية، أن أثر هذا القبول يستند إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد من البداية[٢].

ويعتبر قبول الغير للتعهد بمثابة التزام لنفسه في مواجهة المتعاقد مع المتعهد، وينشأ هذا الالتزام من وقت صدور القبول، مالم يتبين أن الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يكون لقبوله أثر رجعي إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد (م ١٥٣ / ٢).

١١٨ ـ حالة رفض الغير للتعهد:

إذا رفض الغير (المتعهد عنه) أن يتحمل بالتزام، فإن المتعهد يكون قد

---

(١) م ١٥٣ مدني.

(٢) توفيق فرج، ص ٣١٨، بند (٢٢٣).

أخفق في مسعاه، وبالتالي تتحقق مسئوليته لعدم إمكان تنفيذ ما تعهد به، وهو عدم تحقيق النتيجة التي التزم بها، حيث أن المتعهد يلتزم بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية، وبالتالي يعتبر عدم تحقيق هذه النتيجة إخلالا بالتعهد، دون حاجة إلى إثبات أن المتعهد لم يبذل جهده في إقناع الغير بقبول التعهد.

وفي هذه الحالة يتعين على المتعهد أن يعوض المتعهد له عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا الاخلال، وفقا لقواعد المسئولية العقدية، وقد أجاز القانون للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به (١٥٣ / ١)، وذلك إذا ما كانت شخصية المتعهد عنه ليست محل إعتبار.فإن كانت محل إعتبار فلا يصح التنفيذ من المتعهد، وبالتالي يقتصر الأمر على تعويض المتعهد له، وبهذا يتضح أنه لا التزام على الغير بمقتضى التعهد عن الغير وإنما فقط ينشئ هذا النظام رخصة للغير، له أن يقبلها أو يرفضها.

الفرع الثاني: الأشتراط لمصلحة الغير:

١١٩ ـ مضمونه:

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يتم بين شخصين هما المشترط والمتعهد، بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى بالمنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بالوفاء به[1].

فوفقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن العقود لا تضر ولا تنفع إلا أطرافها

(١) لبيب شنب، ص ٢٧٢، بند (٢٢٤).

وخلفهم في الحدود التي رسمها القانون، فإنه لا أثر لها بالنسبة للغير أيضا فيما ينفع، كما كان لا أثر لها فيما يضر.

ولكن القانون المصري تحفظ على حالة النفع بجواز أن يكسبه الغير حقا من العقد، ولهذا أجاز هذه الصورة، وهي صورة الاشتراط لمصلحة الغير.

والاشتراط بهذا المعنى يشمل ثلاثة أشخاص: المشترط، والمتعهد، والمنتفع أو المستفيد. والأخير ليس طرفا في العقد، بل هو شخص من الغير ومع ذلك فإن المتعهد يلتزم في مواجهته، بناء على تعاقده مع المشترط بحيث يكون له حق مباشر قبله، ويستطيع بالتالي أن يطالبه به، وفي هذا خروج على القاعدة السابقة، والتي تقضي بنسبية أثر العقد.

والاشتراط لمصلحة الغير له أهمية كبيرة، وبصفة خاصة في مجال عقود التأمين، إذ يتعاقد الشخص مع شركة التأمين، وقد يكون هذا التعاقد لمصلحته هو، وقد يكون لمصلحة أولاده أو أحد من الغير، وفي هذه الحالة الاخيرة، يعتبر هذا الغير هو المستفيد، وبالتالي تنشأ له علاقة مباشرة مع شركة التأمين، يستطيع بمقتضاها أن يطالبها بالوفاء بهذا الالتزام مباشرة، دون أن يكون للمشترط دخل في هذا التنفيذ، وبالتالي لا يكون لدائني المشترط أن يستوفوا حقوقهم من مبلغ التأمين هذا، لإنه لا يدخل في ذمته المالية إذا كان حيا، ولا يدخل في تركته إذا كان متوفيا.

١٢٠ ـ خصائص الاشتراط لمصلحة الغير:

يتميز الاشتراط لمصلحة الغير بعدة خصائص تميزه عن غيره، ولا ينتج

هذا النظام أثره إذا لم تتوافرهذه الخصائص، حيث تعد بذاتها شروطا لتحقيق آثار هذا النظام، وهذه الشروط هي:

أولا: الاشتراط لمصلحة الغير عقد قائم بين المشترط والمتعهد، وفيه يتعاقد المشترط باسمه الشخصي، بل إنه يجب أن يتم التعاقد باسم المشترط (م ٥٤ / ١مدني) بحيث يكون أصيلا عن نفسه، وليس نائبا عن المنتفع، فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده مثلا، يتعاقد باسمه الشخصي، لا باعتباره نائبا عن أولاده، وهو الذي يعتبر طرفا في عقد التأمين مع الشركة دون الاولاد.

ويترتب على ذلك أنه يلتزم شخصيا في ذات ذمته، وبالتالي يدفع الاب أقساط التأمين دون الاولاد. فإن تعاقد باسم الغير (المنتفع) فلا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، ولكن نكون بصدد وكالة أو فضالة.

ويترتب على ضرورة أن يتم التعاقد باسم المشترط، أنه يجوز له وحده أن ينقض هذه المشارطة، أو أن يحول منفعتها إلى شخص آخر غير المستفيد الأصلي، وذلك قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، مالم يكن ذلك مخالفا لمايقتضيه العقد (م ١٥٥ / ١مدني).

ثانيا: يعد المنتفع أو المستفيد ليس طرفا في العقد، بل هو من الغير النسبة له، حتي بعد أن يرتضي المنفعة المشترطة لصالحه، فطرفا عقد الاشتراط هما المشترط والمتعهد لاغير، وبالتالي لا يعد رضاء المنتفع صروريا لذات قيام الاشتراط، وان كان من شأن رفضه المنفعة له أن يمنعها بالضرورة عن نفسه، إذ لا يجبر شخص على أخذ منفعة لا يرغبها.

ثالثا: تنصرف إرادة المتعاقدين في الأشتراط لمصلحة الغير الى إنشاء حق مباشر للمنتفع. فإذا لم تنصرف إرادة المتعاقدين - المشترط والمتعهد - إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، لا نكون بصدد إشتراط لمصلحة الغير (م١٥٤/ ٢) ولهذا يتعين دائما الرجوع إلى العقد لمعرفة ما إذا كان الطرفان قد قصدا به إنشاء حق مباشر للغير، أم أنهما قصدا به أن يكون إتفاقا خاصا بين الطرفين المتعاقدين(١).

ويترتب على ذلك إنه يستطيع المنتفع في سبيل حصوله على تلك المنفعة من المتعهد، أن يطالبه مباشرة وباسمه الشخصي، أي بدعوى مباشرة، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن مجرد الدائنية.

رابعا: يكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات المشترطة، فإن لم تكن له مصلحة لا يقوم الاشتراط نفسه، وهذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون مصلحة أدبية (م ١٥٤ / ١). ويتوسع الفقه والقضاء في الوقت الحاضر في تصوير فكرة المصلحة الادبية(٢).

خامسا: يتعين أخيرا أن يكون المنتفع في عقد الأشتراط موجودا ومعينا في الوقت الذي ينتج فيه عقد الاشتراط أثره، فإن لم يكن موجودا في هذا الوقت، كان الإشتراط نفسه باطلا، ولا يبطل العقد ذاته بل تتحول الآثار الى المشترط أو ورثته من بعده. وقد نص على ذلك القانون المدني (م١٥٦).

بيد أن الاشتراط يصح كذلك ولو كان المنتفع غير موجود وقت العقد،

---

(١) نقض مدني ٥/ ٥/ ١٩٥٥ (مموعة النقض س ٢٢ رقم ٣١).
(٢) توفيق فرج، ص ٣٢٠.

ولكنه سيوجد في المستقبل، متي كان هذا التعيين ممكنا وقت ترتب آثار عقد الاشتراط، فإن لم يوجد ويتعين عند العقد، ولم يمكن وجوده وتعيينه عند ترتب آثار العقد. فإن الاشتراط وحده هو الذي يبطل، ويظل العقد قائما ـ كما أسلفنا ـ .

١٢١ ـ آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

لبيان آثار الاشتراط لمصلحة الغير، يجب أن نفرق بين علاقات ثلاثة: علاقة المشترط بالمتعهد، وعلاقة المشترط بالمنتفع، وعلاقة المتعهد بالمنتفع. لأن الاشتراط لمصلحة الغير وان كان ثنائيا في تكوينه، حيث ينعقد بإتفاق بين المشترط والمتعهد، إلا أنه ثلاثي في آثاره حيث ينتج آثارا بالنسبة للمنتفع وهي كما يلي:

أولا : علاقة المشترط بالمتعهد:

تخضع هذه العلاقة للاتفاق الذي تم بين الطرفين، وهما طرفا عقد الإشتراط، وبمقتضى هذا الإتفاق يكون للمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته نحو المنتفع، مالم يتبين من طبيعة الاتفاق أن بالمنتفع وحده هو الذي له حق المطالبة (م ١٥٤ / ٣)[١] .

وإذا كان للمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، فإنه إذا لم يقم هذا الاخير بالتنفيذ، كان للمشترط أن يطالبه بالتعويض طبقا للقواعد العامة، ويقدر التعويض في هذه الحالة بما لحق المشترط نفسه من

---

(١) كتأمين الاب على حياته لمصلحة أولاده من بعده.

أضرار من جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه، كما يكون للمشترط - كقاعدة عامة - أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعهد بما التزم به.

ومن ناحية أخرى فإن القانون يخول المشترط وحده دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ويتم نقض المشارطة عادة بإعلان يوجه إلى المتعهد لكي يمتنع عن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه الاشتراط[1].

ويلاحظ أن هذا الحق قاصر فقط على المشترط، دون دائنيه أو ورثته ولهذا فإن هذا الحق يسقط بموت المشترط، ويمتنع عليه بالتالي أن ينقض المشارطة إذا أعلن المنتفع رغبته في الاشتراط، بمعني قبوله لها، سواء كان هذا القبول صريحا أوضمنيا، كما ينتقل حق القبول هذا إلى ورثة المنتفع ما لم يتبين خلاف ذلك.

وللمشترط أخيرا أن يحل آخر محل المنتفع الأصلي، كما هو الشأن في حالة التأمين على الحياة، وفي هذه الحالة يعتبر حق المنتفع الثاني ثابتا منذ إنعقاد العقد، فإذا نقض المشترط المشارطة ولم يحل منتفع آخر، كان له أن يستأثرلنفسه بالإنتفاع من المشارطة (م ١٥٥ مدني).

ومن ناحية أخرى يكون للمتعهد، وفقا للاتفاق المبرم مع المشترط، أن يطالب هذا الاخير بتنفيذ الالتزامات المتولدة عن هذا الاتفاق، كان يطالبه بدفع الاقساط في حالة التأمين.

---

(١) توفيق فرج، ص ٣٢٢.

ثانيا: علاقة المشترط بالمنتفع:

تتحدد هذه العلاقة بالدافع إلى الاشتراط، فقد يكون الاشتراط عوض شيء حصل عليه المشترط من المنتفع أو سيحصل عليه، كأن يكون ثمنا لمبيع أو أجرة لمسكن أو وفاء لدين، وفي هذه الحالة يحدد عقد المعاوضة هذه العلاقة بين المشترط والمنتفع.

وقد يكون الاشتراط تبرعا لصالح المنتفع، وفي هذه الحالة يعتبر الاشتراط هبة مستترة في العلاقة بين المشترط والمستفيد، ويكون الهدف من الاشتراط هو الهروب من الشكل الذي يستلزمه القانون للهبة.

وللمنتفع أن يقبل الاشتراط في مدة معقولة، حيث لم يحدد القانون له أجلا محددا، فإن تأخر كان للمشترط، وللمتعهد أن يطالبه بالإفصاح خلال مدة معينة، فإن قبل خلالها، وجب أن يعلن قبوله للمتعهد أو للمشترط ليعلم به.

وللمنتفع كذلك أن يرفض الاشتراط، وفي هذه الحالة يبطل الاشتراط وحده ويظل العقد قائما بين المشترط والمتعهد، ويكون للمشترط أن يحل منتفع آخر أو يستفيد هو من عملية الاشتراط.

ثالثا: علاقة المتعهد بالمنتفع:

يحدد هذه العلاقة أيضا عقد الاشتراط، حيث ينشيء هذا العقد للمنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط متى تم هذا العقد صحيحا، وهو يترتب له دون حاجة إلى قبوله،

ويوجد هذا الحق للمنتفع منذ إبرام عقد الاشتراط لا من وقت قبول المنتفع للاشتراط[1] .

وبناء على هذا الحق يكون للمنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه عقدالاشتراط، كما يكون له الرجوع عليه عند امتناعه عن تنفيذ التزامه، دون أن يكون له الحق في فسخ عقد الإشتراط، لإنه ليس طرفا فيه .

ومن ناحية أخرى يكون للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ من العقد (م ١٥٤ / ٢) فله أن يدفع في مواجهته ببطلان عقد الاشتراط أو إبطاله لأي سبب من أسباب البطلان أو الابطال، كما يكون للمتعهد أن يدفع في مواجهة المنتفع بعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته. وله أن يدفع بكل دفع ينشأ من عقد الاشتراط[2] .

* * *

(١) أحمد سلامة، ص ١٩٤ ، اسماعيل غانم ، ص ٣٨٣، جميل الشرقاوي ص ٣٤٣ .
(٢) توفيق فرج، ص ٣٢٤ .

المبحث الثاني

آثار العقد بالنسبة للموضوع

١٢٢ ـ تمهيد وتقسيم :

ينتج العقد من حيث الموضوع جملة من الآثار ، فكما أن للعقد أثرا نسبيا من حيث الاشخاص ، فكذلك للعقد أثرنسبي من حيث الموضوع ، ذلك أن العقد إذا قام صحيحا التزم به أطرافه ، حيث يطالب كل طرف بتنفيذ ما يمليه عليه العقد ، بحيث لايستطيع أي منهما أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إذ العقد شريعة المتعاقدين . ولكن قد يحدث خلاف أثناء تنفيد المتعاقدين للعقد حول معناه أو مضمونه وبالتالي فإن الأمريستدعي الوقوف علي حقيقة العقد ، ويكون ذلك بتفسيره وتحديد مضمونه ، فإذا ما أخل أحد طرفي العقد بالتنفيذ بعد بيان ذلك فإنه تقوم المسئولية العقدية ، ويلتزم بتعويض الطرف الآخر على أساسها .

وهكذا يرتسم أمامنا منهج دراسة هذا المبحث ، حيث نعرض أولا ـ لتحديد معني العقد ، عن طريق تفسيره وبيان مضمونه ، ثم نعرض بعد ذلك لقوته الملزمة التي تتطلب تنفيذه ، وكيفية هذا التنفيذ ، ثم نعرض أخيرا للمسئولية العقدية كجزاء علي الاخلال بهذا التنفيذ ، وذلك في ثلاثة مطالب متتالية .

المطلب الأول : تفسير العقد وتحديد مضمونه :

١٢٣ ـ تفسير العقد:

يقصد بتفسير العقد تحديد معني العبارات التي تم بها إبرامه، وذلك إذا لم تكن النصوص الواردة به واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها ، لكي يتسنى تطبيقه.

وقد بين القانون المدني المصري في مادتيه ١٥٠ ، ١٥١ أن هناك حالات ثلاث في تفسير العقد، ذلك أن عبارة العقد إما أن تكون واضحة، وإما أن تكون غامضة، وإما أن يثور الشك في تفسيرها ، ويمكن إيضاح هذه الحالات فيما يلي :

أولا ـ حالة وضوح عبارة العقد:

إذا كانت عبارة العقد واضحة فقد نص القانون على أنه «لايجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين» (م ١٥٠/ ١) وبالتالي يجب على القاضي كأصل عام أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها ، فليس له أن يجتهد في تفسير ما هو واضح، إذ لا إجتهاد مع وضوح النص، أو «لامساغ للاجتهاد في مورد النص»[١] .

على أنه لا يكفي لإعتبار العبارة واضحة ، وبالتالي في غير حاجة إلى تفسير، أن تكون واضحة في ذاتها، وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى

---

(١) م ١٤ من مجلة الاحكام العدلية .

دلالتها على حقيقة قصد المتعاقدين ، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[1] ولأن الأمور بمقاصدها ، والعبرة بما إنتواه اطراف التعاقد ، وإذا كان الاصل أن عبارة العقد واضحة في الدلالة على حقيقة المقصود ، إلا أنه إذا تبين للقاضي أن عبرة العقد الظاهرة لا تعبر تماما عن إرادة المتعاقدين ، وأنهما أساءا إستخدام الالفاظ في التعبير عن هذه الإرادة ، فله أن يفسر العبارة الواضحة بحسب المعنى الذي أراده المتعاقدان ، لا المعنى الحرفي لألفاظ العبارة ، بشرط أن يبين الأسباب التي حملته على ذلك ، وأن يذكر في أسباب حكمه كيف أن عبارات العقد مجتمعه تفيد المعنى الذي انتهى إليه في تفسيره ، كما ينبغي إثبات ذلك من قبل طرفيه ، ويقع على من يدعي أن عبارة العقد الظاهرة الواضحة لا تدل على حقيقة مقصده أن يثبت ذلك ، ويكون له ذلك مسترشدا بالأحداث والظروف التي واكبت إبرام العقد ، ويخضع في كل ذلك لرقابة القضاء[2] .

ثانيا: حالة غموض عبارة العقد:

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة في دلالتها علي المعنى المقصود منها أو كانت تتسم بلبس في ذلك ، فإنه يتعين تفسيرها ، لاستجلاء غامضها وتحديد حقيقة مدلولها ، ويقوم القاضي بهذا الدورللبحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين (م ١٥٠ / ٢) لان الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ في هذه الحالة لا يدل على قصد المتعاقدين من التعاقد ، ولذا وجب على

---

(١) العطار ، ص ٢٠٦ بند (٩٨) .

(٢) توفيق فرج ، ص ٣٠٠ بند (٢٠٧) .

القاضي تفسير هذه الألفاظ، والوصول الي الإرادة المشتركة لهما معا لا إرادة متعاقد منهما دون الآخر، إذ العقد إرتباط قبول بإيجاب، وتوافق إرادتين.

وقد أورد المشرع قواعد متعددة في هذا الصدد، للتوصل إلى ما قصده المتعاقدان في العقد، عند الإلتجاء إلى تفسيره بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين، حيث يستدل القاضي على الإرادة الباطنة المشتركة للمتعاقدين من عدة أمور منها:

١ ـ عبارة العقد مجتمعة إذ يفسر بعضها بعضا.

٢ ـ المفاوضات السابقة على ابرام العقد، لإنها قد تكشف عن مضمون عباراته.

٣ ـ طبيعة المعاملة، فمن باع منزلا يساوي مائة ألف بتسعين يعتبر أنه باعه لا وهبه[١].

٤ ـ ما يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، حيث تفسر العبارة غير الواضحة على النحو الذي يكفل هذه الأمانة وتلك الثقة.

٥ ـ التعامل السابق بين المتعاقدين، فقد يكشف عن نيتهما المشتركة.

٦ ـ ما تقضي به النصوص المكملة والمفسرة في القانون، فقد تستكمل ما أغفله المتعاقدان أو تفسر ما غمض من عبارتهما[٢].

---

(١) نقض مدني ١٢ / ٣ / ١٩٥٣ (مجموعة المكتب الفني س ٤ ص ٦٢٠ رقم ٩٥).

(٢) فلو كان الالتزام عبارة عن الدفع بعد ثلاث سنوات مثلا: فإنه يقصد بذلك التقويم الميلادي، مالم ينص على غير ذلك (م ٤٤ / ٢ مدني).

٧ـ كما يستدل على الارادة الباطنة المشتركة للمتعاقدين من العرف الجاري في المعاملات، وخصوصا في المسائل التجارية والبحرية.

٨ـ وقد يلجأ أخيرا إلي قواعد العدالة ، فمن يعمل في مصنع لا يجوز له عدالة، أن يبوح بأسرار العمل لصاحب مصنع منافس له. . وهكذا.

وهذه الامور وردت في القانون على سبيل المثال لا الحصر، وتعد بمثابة نصائح للقاضي يستعين بها في تفسير العبارة الغامضة لمعرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبالتالي فإن القاضي غير ملزم بها[١] .

على أن قيام القاضي بإستخلاص النية الحقيقية المشتركة للعاقدين تعتبر من المسائل الموضوعية التي يختص بها قاض الموضوع، ولا رقابة عليه من محكمة النقض ، بإعتبار ذلك من عناصر الواقع لا القانون.

ثالثا : حالة الشك في تفسير عبارة العقد:

تثور حالة الشك هذه إذا ورد في العقد عبارة تحتمل أكثر من معني، دون أن يوجد ما يرجح أحدها وبالتالي يقع القاضي في حيرة، لعدم إمكانه إزالة الغموض بالإلتجاء إلى القواعد السابقة في تفسير العبارة الغامضة. ولهذا وضع المشرع قاعدة عامة يمكن بها إزالة الشك في مثل هذه الحالات، مؤداها أن «يفسر الشك في مصلحة المدين» (م ١٥١ / ١). ويقصد بالمدين في هذه الحالة من يقع عليه عبء هذه العبارة[٢] . ويرجع تفسير الشك لمصلحة المدين إلى أنه يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبذلك

(١) جمال الدين زكي، ص ٣٠٣ ، بند (١٦٤).
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٥١٨.

يعمل المشرع علي حمايته، كما أن الاصل هو براءة الذمة، وبالتالي فإن من يدعي خلاف هذا الاصل يقع عليه عبء الإثبات، وتفسير الشك لمصلحة المدين يتفق مع ما يقضي به الاصل، فضلا عن ذلك فإن الإلتزام يعتبر قيدا استثنائيا، ولهذا يجب ـ عند الشك ـ حصره في أضيق الحدود بحيث لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه[1].

بيد أن المشرع المصري قد خرج على هذه القاعدة بالنسبة لبعض العقود الحديثة، كعقد الإذعان، الذي يقتصر فيه أحد المتعاقدين على قبول العقد بالشروط التي وضعها المتعاقد الآخر، دون مناقشة لها أو الحق في تعديلها. كعقد توصيل الكهرباء، أو التليفون، حيث قرر المشرع أنه «لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن» (م ١٥١ / ٢).

ففي عقود الإذعان نجد أنه إذا وجد شك في التعرف على الإرادة المشتركة، فإن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن، فإن كان مدينا فسر الشك لمصلحته ـ كقاعدة عامة ـ ، وأن كان دائنا فسر الشك لمصلحته ـ استثناء ـ لأن الطرف المذعن هو الطرف الضعيف، لأنه أذعن لشروط المتعاقد الآخر دون مناقشة، وبالتالي ينبغي حمايته، وأضعف هذه الحماية ألا يضار من غموض الشروط التي وضعها المتعاقد معه، وذلك تحقيقا لإقامة التوازن بين المتعاقدين في العلاقة التعاقدية.

فإن قيل إن الطرف الذي أملى الشروط هو المدين في العقد، وبالتالي

(١) راجع في تبرير هذه القاعدة : توفيق فرج، ص ٣٠٣، العطار، ص ٢٠٨.

تجب حمايته، بأن تطبق عليه القاعدة العامة وهي أن الشك يفسر لصالح المدين، فإنه يمكن القول بأن هذا الطرف هو المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو المرفق الذي يبرم العقد بشأنه، لإنه هوا لذي أملى شروط العقد وعليه أن يتحملها لإنه كان في وسعه أن يتجنبها عند إبرام العقد[1] .

١٢٤ ـ تحديد مضمون العقد ونطاقه:

يتفق المتعاقدان عادة على جميع المسائل الجوهرية في العقد وبالتالي فإنهما يلتزمان ـ عند التنفيذ ـ بمضمون هذا العقد، فكان من الضروري تحديد هذا المضمون ونطاقه، ذلك أن الإلتزامات التي يولدها العقد لا تنحصر فقط في تلك التي اتفق عليها في العقد، بل إن مضمون العقد يشمل كذلك ما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة. وهذا ما نص عليه القانون المدني[2] .

ويتحدد مضمون العقد بالآتي :

١ ـ القواعد الشرعية أو القانونية المتعلقة بموضوع التعاقد.

٢ ـ تكييف العقد أي استظهار نوعه وإعطاؤه الوصف القانوني الصحيح لتطبيق الأحكام المتعلقة به، كوصفه بأنه عقد بيع أو هبة أو شركة، حيث لا يتقيد القاضي بوصف المتعاقدين له، لأن عليه أن يعطي العقد وصفه الصحيح. فلو أعطى شخص لأخر سيارة بألف جنيه وقيمتها عشرون، وسمى هذا العقد بيعا كان للقاضي أن يعتبر العقد هبة بعوض ، وبالتالي

(١) عبد الخالق حسن، ص ٢٢٤.

(٢) م ١٤٨ مدني.

يطبق عليه أحكام الهبة لا أحكام البيع.

٣ ـ طبيعة العقد، وما يتطلبه في التعامل من مستلزمات، فمن يبيع منزلا يعطي المشتري مفتاح بابه، ومن يبيع سيارة يعطي المشتري مفتاح إدارتها.

٤ ـ الشروط التي إتفق عليها المتعاقدان مما يخالف القواعد المكملة.

٥ ـ العرف، حيث يسهم في تحديد مضمون العقد وبيان نطاقه، إذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

٦ ـ قواعد العدالة، حيث تساعد كثيرا في تحديد مضمون العقد ونطاقه، كما هو الشأن في إعتبار عقود نقل الاشخاص متضمنة التزام الناقل بضمان السلامة، وهذا الالتزام تقتضيه قواعد العدالة، ويلتزم به الناقل ولو لم يتفق عيه في العقد.

وعلي ذلك فإنه لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، يضاف إلى ذلك، ما اشتمل عليه العقد أصلا، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١٤٨).

المطلب الثاني: تنفيذ العقد:

١٢٥ ـ تحديد وتقسيم:

الأصل في العقد أنه يلزم عاقديه بكل ما ورد فيه من التزامات وبالتالي يعتبر بالنسبة لما ورد فيه كالقانون الواجب التطبيق. ولهذا فإنه لا يستطيع أحد أطرافه أن يستقل بنقضه ولا بتعديله، مالم يصرح له الإتفاق أو القانون

بذلك، وهذا هو المبدأ الاساسي العام في مجال نظرية العقد، والذي يطلق عليه «القوة الملزمة للعقد».

على أنه يجوز في بعض الحالات أن يلجأ أحد أطراف التعاقد إلي القضاء طالبا تعديل شروط العقد بالرغم من إرادة الطرف الاخر معه، وذلك إذا ما استجدت أحداث بعد الإنعقاد وقبل التنفيذ توجب هذا التعديل، وهذا هو الذي يطلق عليه حديثا بنظرية الظروف الطارئة.

ولهذا فإن تحديد معني تنفيذ العقد يوجب تفصيل القول في هذين الامرين ويكون ذلك في فرعين مستقلين كما يلي:

الفرع الأول: القوة الملزمة للعقد:

١٢٦ ـ العقد شريعة المتعاقدين في حدود الشرع والقانون:

إذا نشأ العقد صحيحا ـ كما بينا ـ فإنه يترتب عليه آثاره من حيث الزام المتعاقدين به، باعتباره شريعة لهما، وقد نص القانون على ذلك فذكر أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون» (م ١٤٧ / ١).

ومعنى ذلك أن كلا من المتعاقدين يلتزمان بما يوجبه العقد، كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي[١] ولهذا يقال أن العقد شريعة المتعاقدين، ويلتزم المتعاقدان بأحكام العقد ولو كانت تخالف نصا قانونيا، طالما كان هذا النص لا يتعلق بالنظام العام و الآداب، فالعقد لا يجوز أن يخالف نصوص القانون

---

(١) توفيق فرج، ص ٢٩١ بند (١٩٧).

الباتة أو الآمرة، لإنها من النظام العام، لكنه يجوز أن يخالف النصوص المكملة، لإنها تطبق إذالم يكن هناك اتفاق يخالف احكامها، فإذا وجد هذا الاتفاق وجب العمل به دون نصوص القانون المكملة.

بيد أن القوة الملزمة للعقد لا تقتصر علي إلزام المتعاقدين بأحكامه فقط، ولكن يمتد هذا الالتزام ليشمل القاضي والمشرع كذلك، فللعقد قوته الملزمة لطرفيه، وللقاضي والمشرع.

فبالنسبة للطرفين: يلتزم الطرفان بالعقد، فلا يصح لأي منهما الانفراد بإيقاف آثاره أو إنهائه، باعتباره شريعة لهما، ولا يمكن إنهاؤه إلا بالإتفاق بينهما وبالتراضي علي ذلك، ما لم يكن متفقا بينهما على إعطاء هذا الحق لأحدهما، وفضلا عن ذلك فإن القانون قد يعطي لأحد الطرفين إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما هو الحال في عقد الشركة غير المعين المدة[1] وكما هو الحال بالنسبة لعقد الوكالة[2].

وقد يفرض القانون كثيرا من القيود على حرية التعاقد، الامر الذي لا ينبغي أن يقال أن العقد شريعة المتعاقدين بإطلاق، والصحيح أن يقال: إن العقد شريعة المتعاقدين في حدود القانون[3].

وبالنسبة للقاضي: فإنه يتقيد بالمبدأ السابق، فلا يستطيع أن يعدل أو يغير ما يقرره أطراف التعاقد، ولا يستطيع التدخل في العقد بحجة منافاة شروطه

---

(١) م ٥٢٩ مدني.
(٢) م ٧١٥/ ١ مدني.
(٣) العطار، ص ٢١١.

للعدالة، ما لم يخول له القانون ذلك.

ومع ذلك فإن للقاضي أن يعدل من شروط تنفيذ الآثار التي يرتبها العقد، فيستطيع مثلا أن يمنح المدين أجلا قضائيا لتنفيذ الالتزام، ما لم يمنعه من ذلك نص في القانون (م ٣٤٦ / ٢مدني) . وإن كان يراعي أن حق القاضي في التعديل في هذه الحالة يستند إلى نص القانون[١] .

ويلاحظ أن للقاضي - في بعض الحالات - حرية في تعديل أحكام العقد، كما لو كيف المتعاقدان العقد تكييفا خاطئا، فإنه يتدخل لاعطائه الوصف الصحيح، وقد يترتب على ذلك تعديل كبير في أحكام هذا العقد فلو باع شخص لآخر سيارة بألف وهي تساوي مائة ألف، فإن القاضي يطبق على هذا العقد، أحكام الهبة بعوض لا أحكام البيع، بإعتبار أن الهبة هي التكييف الصحيح لهذا العقد.

وبالنسبة للمشرع: نجد أن المشرع نفسه يحترم العقود المبرمة، حتى ولو صدر قانون جديد إذ يظل القانون القديم هو القانون الذي يحكم الآثار العقدية التي تتم في المستقبل، مالم تكن قواعد القانون الجديد متعلقة بالنظام العام. وكثيرا ما تبين القوانين الجديدة نطاق سريانها بالنسبة للعقود القائمة والتي يستمر تنفيذها زمنا بعد صدور القانون الجديد، كما هو الحال بالنسبة لقوانين الإيجارات وقوانين العمل.

---

(١) توفيق فرج، ص ٢٩٢.

الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة :

١٢٧ ـ فحوي النظرية:

مؤدي نظرية الظروف الطارئة، أن تعرض، بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام ـ وإن كان ممكنا ـ شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يتهدده بخسارة فادحة.

وقد نص القانون المدني علي هذه النظرية حيث قررت المادة ١٤٧، بعد أن ذكرت في فقرتها الأولي، إن العقد شريعة المتعاقدين، ذكرت في فقرتها الثانية «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام ا لتعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

ومن هذا يتبين إنه إذا كانت القاعدة أن العقد ملزم لأطرافه بما جاء فيه، إلا أن تطور الحياة ـ خاصة الاقتصادية ـ قد يأتي بفروض كثيرة، منها حالة نزول حوادث لم يكن في الوسع توقعها، وهنايجوز للقاضي التدخل ـ استثناء ـ لاقامة التوازن بين مصالح الأطراف في العقد، بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الالتزام المعقول.

ويأتي هذا التدخل من القاضي تمشيا مع الإتجاهات الحديثة للقوة الملزمة

للعقد، ليس من جانب القاضي فحسب بل من جانب المشرع كذلك حيث بدأ هذا التدخل في محاربة المشرع للاستغلال والغبن في العقود، وفي تفسير العقد عند الشك لصالح المدين، ولصالح الطرف المذعن في عقود الإذعان، وفي تعديل مقدار الأجرة في عقود الإيجار، وفي تحديد حد أدنى للأجور في عقود العمل، وهنا يتدخل القاضي - بتخويل من المشرع - لإقامة التوازن بين مصالح الأطراف في حالة نزول حوادث أو ظروف عامة لم يكن في الوسع توقعها، كنشوب حرب، أو فرض تسعير جبري لم يكن متوقعا، وكثيرا ما يحدث هذا في عقود التوريد، حيث ترتفع الأسعار إرتفاعا فاحشا على أثر وقوع الظروف الإستثنائية، فيتعذر علي المتعهد، توريد السلع المتفق عليها إلا بمشقة وإرهاق جسيم[1] .

وبهذا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة ما هي إلا إستثناء في القوة الملزمة للعقد، أوجدتها الضرورة ، وتطور الحياة الإقتصادية، وبالتالي يجب ألا يتوسع فيها ولا يقاس عليها ، وذلك عن طريق ضوابط محددة تعمل من خلالها، ولهذا إشترط لها المشرع المصري - الذي أخذ بها - جملة من الشروط نص عليها في الفقرة السابق بيانها ، ويمكن إيضاحهافيما يلي :

١٢٨ - شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

أولا: يجب أن يقع حادث استثنائي. والمقصود به ذاك الذي يندر حصوله، بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شئون الحياة. فلا يعول

(١) توفيق فرج، ص ٢٩٣.

الشخص المعتاد عليه، ولا يدخل في حسبانه. كحرب أو فيضان م...
حريق أو إنتشار وباء مثلا إلى غير ذلك من الحوادث والنوازل.

ولايشترط في الحدث الإستثنائي أن يكون من فعل الطبيعة، او ... أ
واقعة مادية أخرى، وإنما قد يتوافر الحدث بفعل المشرع نفسه، وس...
يصلح أن يكون سببا لتطبيق هذه النظرية، مثال ذلك صدور المرسوم بقانو...
الإصلاح الزراعي في عام ١٩٥٢، وما ترتب عليه من إنخفاض شديد...
سعر الاراضي الزراعية، الأمرالذي جعل الإلتزام بدفع الثمن، في البيوع
التي تمت من قبل، شديد الإرهاق بالمشترين[١].

ثانيا : يلزم أن يكون الحادث عاما[٢]. أي شاملا لكل الناس أو لطائفة
منهم لاخاصا بالمدين، مهما كانت فداحته، كما لا يسوغ أعمال النظرية إذا
كان هذا الحادث خاصا بالمدين أو بقلة من الناس لا طائفة معينة منهم. فكل
ما يتطلب هنا أن يكون المدين قد شارك غيره من جمهرة الناس في كون
ضحية الحادث الذي وقع، كحريق مدينة أو حي منها يقع فيه المدين وكذلك
الحادث الذي يلحق طائفة معينة من الناس كطائفة التجار إذا كان المدين
تاجرا، أما حريق متجر المدين أو إفلاسه أو إضراب عماله هو فحسب، فلا
يكفي لتطبيق النظرية.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٥٤٧.

(٢) لم يكن شرط العمومية في الحادث الطارئ منصوصا عليه في المادة ٢١٣ / ٢ من المشروع التمهيدي التي أصبحت بعد شيء من التعديل المادة ١٤٧ / ٢ من القانون حيث أضيف شرط العمومية هذا في لجنة المراجعة، وتمت الموافقة عليه (مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٢٨٢).

ثالثا: يجب أن يكون الحادث المفاجئ غير متوقع الحدوث عند إبرام العقد. فنظرية الظروف الطارئة كنظرية القوة القاهرة تماما، لا تكون إلا بالنسبة للأحداث التي لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، والمعيار في التوقع هو معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد، وليس معيارا ذاتيا قوامه نفس المتعاقد الذي يتمسك بالنظرية.

وكون الحادث متوقعا أو غير متوقع مسألة واقع، تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض، ما دام يبني حكمه على أسباب سائغة[1] .

رابعا: يلزم أن يكون الحدث غير ممكن تفاديه أو دفعه ببذل جهد معقول. إذ لو كان من الممكن درأ النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد المعقول، لما جاز للمدين أن يتمسك بالنظرية، إذ المدين في هذه الحالة يعد مقصرا، ولا يستطيع أن يحمل الدائن معه نتائج تقصيره، ومعيار تحديد كون الحدث مما يمكن دفعه أم لا، هو معيار موضوعي أيضا أساسه معيار الرجل المعتاد وليس معيار المدين ذاته، وهي مسألة واقع تدخل في رحاب سلطة قاضي الموضوع التقديرية[2].

خامسا : يلزم أن يتراخى تنفيذ الالتزام عن وقت إبرامه، أو يتطلب تنفيذه وقتا، فتطرأ الحوادث خلال ذلك. لأن الأصل في تطبيق هذه النظرية أن يكون الحادث طارئا، بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام التنفيذ، إذ

---

(١) نقض مدني ١١ / ١١ / ١٩٦٩ (مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٩٣ رقم ١٨٤).

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٥٤٩.

توجد هذه النظرية غالبا بالنسبة للعقود التي يتطلب تنفيذها زمنا ، كما هو الحال بالنسبة للعقود الزمنية أو عقود المدة. ولايشترط القانون المصري لأعمال هذه النظرية. أن نكون بصدد عقد من عقود المدة، وإنما فقط يشترط أن يتراخي تنفيذ العقد زمنا، يحدث أثناءه الظرف الطارئ، ولو كان العقد فوريا بشرط أن يكون التراخي في تنفيذ العقد ليس راجعا إلى تقصير المدين، إذ لو كان راجعا إلى تقصيره لما كان له أن يستفيد من هذه النظرية ، فلو وقع البيع مقسطا، وحدث الظرف الطارئ أثناء تسديد الأقساط في مواعيدها ، وتوافرت شروط إعمال هذه النظرية فإن المشتري يستفيد منها ، ولو كان البائع قد وفى بكل التزامه، حيث أن التراخي في تنفيذ المشتري لالتزامه ليس راجعا إلى تقصيره[١] .

سادسا: أن يكون من شأن الظروف التي وقعت أن تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين. وليس المقصود بهذا الشرط أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلا، بحيث يرتب للمدين الضيق العادي للامور، وإنما يلزم أن يصبح معه تنفيذ الالتزام مرهقا، أي يستطيع المدين تنفيذه ولكن بخسارة فادحة غير معتادة[٢]، أما إذا أدت هذه الظروف إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فإنهاتكون قوة قاهرة، وينقضي بها التزام المدين لاستحالة تنفيذه (م ١٦٥)[٣].

---

(١) العطار ، ص ٢٢٠ وانظر: نقض مدني ٢١ / ٢ / ١٩٦٣ (مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ قم ٥٥).

(٢) نقض مدني ٣ / ١ / ١٩٦٣ (مجموعة النقض ص ٣٧ رقم ٣).

(٣) يعد هذا فارقا بين نظرية الظروف الطارئة، ونظرية القوة القاهرة، حيث يرهق الالتزام المدين في الأولى ، بينما يكون مستحيلا في الثانية وبناء عليه يخفف القاضي من الالتزام في الأولى بأن يرده إلى الحد المعقول، بينما ينقضي الالتزام في الثانية لاستحالة تنفيذه.

أما إذا أدت هذه الظروف إلى إصابة المدين بخسارة عادية، فعليه أن يتحمل هذه الخسارة لأن المعاملات لا تخلو من مكسب وخسارة، والخسارة العادية لا ترهق المدين.

وينظر في تقدير ما إذا كانت الخسارة فادحة أو غير فادحة إلى المجرى العادي للأمور بالنسبة للصفقة التي تم العقد بشأنها، ولذا يستوي في ذلك المدين الفقير والغني، كما يستوي أيضًا المدين الحريص وغير الحريص فالمعيار موضوعي لا شخصي، ولا يخضع القاضي في تقديره لرقابة محكمة النقض[1].

١٢٩ ـ الأثر المترتب على وجود نظرية الظروف الطارئة:

إذا توافرت الشروط السابقة، وطلب المدين تطبيق هذه النظرية، فإن القانون أجاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه، وله دون طلب، أن يعدل من التزام المدين بأن يرده إلى الحد المعقول (م١٤٧/ ٢) وله في سبيل ذلك ما يلي:

١ ـ أن يقف تنفيذ العقد مؤقتًا، حتى تنتهي الظروف الطارئة، وذلك إذا تبين أن الحادث الطارئ مؤقت، أو أن آثاره مؤقتة.

٢ ـ أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد الذي يجعله غير مرهق للمدين ويحدث هذا غالبًا بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد، فلا يلزم المدين بتنفيذ الالتزام كله، وإنما يعفيه من تنفيذ بعضه، فلو كان العقد عقد توريد، فإنه يحدد له كمية يوردها أقل مما التزم به، وقد تصيبه هذه الكمية بخسارة

---

(١) العطار، ص ٢٢٢.

عادية، لكنه بذلك يعفيه من خسارة فادحة.

٣ ـ وله أخيراً أن يزيد من الإلتزام المقابل للالتزام المرهق وفقًا لما يراه محققًا للعدالة فلو تعهد شخص بتوريد كمية معينة من الخضروات بسعر الكيلو خمسون قرشًا مثلاً، وأثناء عملية التوريد حدث الظرف المفاجئ، جاز للقاضي أن يلزمه بالتوريد لنفس الكمية إذا اختار المتعاقد معه أن يرفع سعر الكيلو إلى جنيه بدلاً من خمسين قرشًا. على أن الخيار بين زيادة السعر أو فسخ العقد إنما يكون للدائن لا للمدين.

على أنه إذا زال الظرف الطارئ وجب الحكم بإنهاء هذا التعديل، وتنفيذ العقد كما كان، وينص القانون على أنه «يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» لأن هذه الأحكام آمرة، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالعقد (المسئولية العقدية):

١٣٠ ـ تمهيد:

إذا نشأ العقد صحيحًا فإنه يجب على أطرافه تنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه، والأصل أن يتم التنفيذ إختياراً، ويسمى بالوفاء، فإذا لم يمكن التنفيذ الإختياري، فإن المدين يجبر على التنفيذ، متى كان ذلك ممكنًا، ويسمى بالتنفيذ الجبري، وقد يتعذر حمل المدين على التنفيذ، كما في حالة الإلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل، وفي هذه الحالة لا مناص من تنفيذ الإلتزام بمقابل، ويسمى بالتنفيذ بمقابل.

ومتى نفذ الالتزام طوعًا أو كرهًا أو بمقابل، فلا مجال للكلام عن

الإخلال بتنفيذ العقد؛ لأن الإخلال يفترض عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها، أو التأخير في تنفيذها، فإذا لم يكن ثمة عدم تنفيذ، فلا يكون هناك إخلال.

ولا يترتب الإخلال بالعقد لعدم تنفيذه أو التأخير في التنفيذ فحسب، بل قد يترتب الإخلال بالعقد إذا استحال التنفيذ، ولكن يشترط في هذه الحالة ألا تكون الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وإلا انتفى الالتزام من تلقاء نفسه.

وبهذا يتضح أن الإخلال بالعقد يقوم في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، كما يقوم - وبالتالي تقوم المسئولية العقدية - إذا استحال التنفيذ بفعل المدين نفسه، وبهذا فإنه يتعين علينا أن نوضح ماهية المسئولية العقدية، وشروط قيامها، والآثار المترتبة عليها وذلك على النحو التالي:

١٣١ - ماهية المسئولية العقدية:

يقصد بالمسئولية العقدية، مسئولية المتعاقد في عقد صحيح لازم عن عدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو التأخير في تنفيذها، مما يستوجب تعويض المتعاقد الآخر عما سببه ذلك من ضرر له.

ويستفاد من هذا التعريف أن المسئولية العقدية تنشأ في جانب المتعاقد إذا لم يقم بتنفيذ التزامه في العقد أوتأخر في هذا التنفيذ. وفضلاً عن ذلك تقوم المسئولية العقدية أيضًا إذا استحال التنفيذ، بشرط أن تكون الإستحالة راجعة إلى تقصير المدين أو فعل منه، وهو شرط فقهي مستفاد من جملة الشروط الواجب توافرها لقيام هذه المسئولية، ويترتب على قيامها إلتزام المسئول

عقديًا بتعويض الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر معه، والتعويض ثلاثة أنواع، فقد يتفق المتعاقدان عليه فيسمى تعويضًا اتفاقيًا أو شرطًا جزئيًا، وقد يقدره القاضي، فيسمى تعويضًا قضائيًا، وقد يقدره القانون، فيسمى تعويضًا قانونيًا، ولكل نوع من هذه الأنواع الأحكام الخاصة به.

١٣٢ ـ شروط قيام المسئولية العقدية:

لكي يسأل المتعاقد عن تعويض الضرر الذي لحق بالمتعاقد معه، لابد من توافر الشروط الآتية:

١ ـ عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، ويطلق على هذا الشرط اصطلاحًا «الخطأ العقدي»[1].

٢ ـ إصابة الدائن بضرر.

٣ ـ توافر رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن.

أولاً: عدم التنفيذ أو الخطأ العقدي:

يتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، سواء كان ذلك عن عمد أو عن إهمال من جانبه، ويشترط أن يتم التنفيذ على الوجه المتفق عليه أصلاً، أو الذي يوجبه القانون، وبالتالي فإن الخطأ العقدي يتحقق إذا لم ينفذ المدين التزاماته أصلاً كلها أو بعضها، أو إذا قام بالتنفيذ ولكن على نحو يخالف ما اتفق عليه.

---

(١) لبيب شنب، ص ٢٨٣.

كما يتحقق الخطأ العقدي ولو كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه ناشئًا عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ما لم يثبت قيام القوة القاهرة أو خطأ المدين، فبمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي، يعتبر في ذاته خطأ موجبًا للمسئولية، ولا يدرأ عنه هذه المسئولية إلا إثبات قيام القوة القاهرة، أو خطأ الدائن(١).

بيد أن مدلول عدم التنفيذ أو الإخلال بالعقد الذي يرتب الخطأ العقدي يختلف بحسب ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، فإذا كان المدين ملتزمًا بغاية، أي بتحقيق نتيجة معينة، فإن عدم تحقق هذه النتيجة يعتبر إخلالاً بالعقد وعدم تنفيذه، وبالتالي قيام الخطأ العقدي.

وعلى ذلك إذا التزم البائع بنقل الملكية للمشتري - وهذا محتم - فإنه لابد وأن ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، وإلا أعتبر مخطئًا، حتى ولو اتخذ كل الوسائل التي تؤدي إلى نقل الملكية، ومع ذلك لم يستطع نقلها، لأن هذا إلتزام بنتيجة. فإذا لم تتحقق النتيجة فهو مخطئ، بصرف النظر عن الوسائل التي اتبعت.

أما إذا كان المدين ملتزمًا ببذل عناية، فإن إخلاله بهذا الالتزام لا يتحقق إلا إذا ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة، فإذا بذل العناية المطلوبة فإنه يعتبر قد وفى بالتزامه ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، والعناية التي يتعين على المدين أن يبذلها هي - في الأصل - عناية الشخص المعتاد ما لم يقض القانون أو

---

(١) توفيق فرج، ص٣٠٨. انظر نقض مدني ١٠/ ٣/ ١٩٥٥ (مجموعة الأحكام س٦ ص٧٦٢ رقم ١٠١).

الاتفاق بغير ذلك (م١٢١/ ١)[١] . وبهذا يعتبر الطبيب قد وفى بالتزامه نحو المريض، إذا بذل العناية الواجبة في علاجه، ولو لم يتم شفاء المريض.

ويلاحظ أن المدين بالإلتزام يعتبر مسئولاً مسئولية عقدية وفقًا لما تقدم، سواء كان يقوم بنفسه بتنفيذ العقد، أم كان يستعين في هذا بأشخاص غيره، ففي كلا الحالتين يعتبر عدم التنفيذ، أو الإخلال بالعقد راجعًا إلى المدين، ولا يوجد في القانون المصري نصًا صريحًا يقرر المسئولية العقدية عن فعل الغير ولكن المادة ٢١٧/ ٢ أشارت إلى ذلك بطريق غير مباشر، حيث تقضي بأنه «. . . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أوالخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه»، حيث يمكن إستنتاج مسئولية المدين تجاه من يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه، وإلا ما كان النص قد صرح بجواز الإتفاق على إعفائه من المسئولية عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم[٢].

وعلى ذلك فإن أحكام المسئولية العقدية واحدة لا تختلف بحسب ما إذا كان الضرر الذي أصاب الدائن قد نشأ عن فعل المدين شخصيًا، أو عن فعل أحد كلفه المدين بمساعدته، أوالحلول محله في تنفيذ الإلتزام، أو عن تدخل شيء استخدمه المدين في تنفيذ إلتزامه، كما لو انفجرت أنبوبة بوتاجاز في مخزن المودَع لديه، فأتلفت الشيء المودَع، حيث يعتبر المودَع لديه مخلا بالتزامه ببذل عناية في المحافظة على الشيء المودع، كما لو كان التلف قد

---

(١) قد ينص القانون في بعض العقود على عناية أزيد أو أقل من عناية الشخص المعتاد، انظر المواد ٥٢١/ ٢، ٦٤١/ ١، ٧٠٤، ٧٢٠ من القانون المدني.

(٢) عبد الخالق حسن، ص٢٥٤.

حدث بفعله الشخصي.

ويقع على الدائن الذي يدعي عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه عَبء إثبات ما يدعيه، فإن كان الالتزام بنتيجة فإنه يكفي أن يثبت الدائن قيام العقد الصحيح وعدم تحقق النتيجة المرجوة، وإذا كان الإلتزام ببذل عناية أثبت الدائن قيام العقد الصحيح وتقصير المدين في بذل العناية اللازمة[1].

ثانيًا: إصابة الدائن بضرر:

لكي يسأل المدين عن تعويض الدائن، لابد أن يكون الدائن قد أصابه ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإذا انتفى الضرر فلا مسئولية.

ويشترط في الضرر الذي تترتب عليه المسئولية العقدية، أن يكون ضرراً محققًا مباشراً متوقعًا، سواء كان ضرراً ماديًا أو أدبيًا، على أنه يجوز التعويض عن الضرر المادي المستقبل إذا كان محقق الوقوع.

١ ـ الضرر المحقق: يشترط لتوافر المسئولية العقدية أن يكون هناك ضرر محقق، سواء كان ماديًا، أي يفوت على المتعاقد الآخر مصلحة مالية، أو كان ضرراً أدبيًا، أي تفوت به مصلحة أدبية، مثال الضرر المادي تأخر الناقل في توصيل البضاعة، حتى يمضي موسم توزيعها، ومثال الضرر الأدبي إفشاء الوكيل أسرار موكله فيصيبه بأذى في سمعته، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا مسئولية، فلو تأخر الناقل في توصيل البضاعة عن الموعد المتفق عليه،

---

(١) لبيب شنب، ص ٢٨٥.

ولكنه سلمها في موسمها ولم يصب صاحبها ضررا من التأخير فلا مسئولية على الناقل.

ويجب أن يكون الضرر حالاً؛ لأن الضرر الحال هو ضرر محقق يمكن تقدير التعويض عنه، على أنه يجوز قانونًا التعويض عن الضرر المستقبل، طالما كان محقق الوقوع، فشركة النقل مسئولة عن إصابة رِكابها نتيجة خطأ في النقل سواء كانت هذه الإصابة حالة، أو كان مداها سيعرف في المستقبل، كإصابة في الساق قد تؤدي إلى بترها أو الشلل فيها، أو جذع بها يتم شفاؤه.

أما إذا كان الضرر محتملاً، فلا تعويض عنه حتى يتحقق، فلو أن إصابة الساق بها كسر يحتمل أن يؤدي إلى قطعها، فلا تعويض إلا عن الكسر، أما القطع فلا تعويض عنه إلا إذا تم[1].

٢ ـ الضرر المباشر المتوقع، والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لخطأ المتعاقد، بحيث لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ويقصد بالضرر المتوقع، الضرر الذي يتوقعه الشخص العادي عند إبرام العقد نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ، فالمعيار في ما إذا كان الضرر متوقعًا أو غير متوقع هو معيار موضوعي قوامه الشخص المعتاد لا معيار شخصي ينظر فيه إلى شخص المدين، فيعتبر الضرر متوقعًا، إذا كان الشخص المعتاد يتوقع حصوله من جراء الإخلال بالعقد، ولو كان المدين ذاته لم يتوقعه، والعكس صحيح أيضًا، وقد أخذ القانون المصري صراحة بهذا المعيار عندما نص على عدم إلتزام المدين بتعويض الضرر الذي كان يمكن

(١) العطار، بند (١٠٨) ص ٢٢٥ وما بعدها.

توقعه عادة وقت التعاقد (م ٢٢١/ ٢)[١] .

وبهذا يتضح أن التعويض في المسئولية العقدية لا يشمل إلا الضرر المباشر المتوقع، أما الضرر غير المتوقع فلا يسأل عنه عقديًا، وإن كان يسأل عنه تقصيريًا، وهذا جوهر الفرق بين المسئولية العقدية والتقصيرية. فلو أن الناقل تأخر في تسليم البضاعة حتى تلف بعضها، فباعها صاحبها بخسارة، وأدى ذلك إلى إفلاسه، وأدى إفلاسه إلى مرضه، فلا يسأل الناقل إلا بما تلف من البضاعة؛ لأن هذا هو الضرر المباشر المتوقع، أما الإفلاس فضرر مباشر غير متوقع، والمرض ضرر غير مباشر، ولا يسأل المتعاقد إلا عن الضرر المباشر المتوقع[٢] .

على أن المتعاقد يسأل عن الضرر المباشر مطلقًا سواء كان متوقعًا أوغيرمتوقع، إذا ارتكب غشًا أي خطأ عمديًا أوخطأ جسيمًا (م٢٢١/ ٢). والخطأ الجسيم في حكم الخطأ العمدي، لأن من يرتكب خطأ عمديًا، ينبغي أن يسأل عن كافة الأضرار التي نجمت مباشرة عن خطئه، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة[٣] . ويقع عبء إثبات الضرر على الدائن لأنه مدعي المسئولية.

ثالثًا: توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يسأل المتعاقد عن خطئه إلا إذا كان هذا الخطأ هو السبب في الضرر

(١) نقض مدني ٤/ ٢/ ١٩٧١ (مجموعة النقض المدني س٢٢ ص١٧٢ رقم ٣٠).

(٢) العطار، ص ٢٢٦.

(٣) يشمل الضرر في فقه القانون ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

الذي أصاب المتعاقد الآخر، بمعنى أنه يجب توافر رابطة سببية بين خطأ المدين العقدي، والضرر الذي أصاب الدائن، فإذا انتفت هذه الرابطة، فلا يسأل المدين عن تعويض ذلك الضرر.

وتعتبر رابطة السببية قائمة بذاتها، دون حاجة إلى إثبات، فلا يكلف الدائن بإثباتها، طالما وجد الخطأ والضرر، إذ الفرض أن بينهما علاقة سببية ولو لم يتم إثباتها، فهذه العلاقة مفترضة، إلا أنه يجوز للمدين أن ينفي هذه العلاقة وتلك الرابطة، بإثبات أن الضرر الذي أصاب الدائن لم يكن نتيجة خطئه، وإنما نشأ بسبب أجنبي عن المدين، فإذا استطاع إثبات هذا السبب الأجنبي، لم يكن مسئولاً عما لحق الدائن من ضرر نتيجة عدم تنفيذه للالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذه.

والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أوحادث فجائي، أو خطأ المتعاقد المضرور نفسه (الدائن) أو خطأ الغير[1].

١ ـ القوة القاهرة أوالحادث الفجائي: ويقصد بهما واقعة غير متوقعة تحدث ويستحيل دفعها، كزلزال أو حرب، فإذا كانت غير متوقعة عند إبرام العقد، وأدى ذلك إلى عدم تنفيذ المدين لالتزامه في العقد، أوالتأخر في تنفيذه: فلا مسئولية على المدين في هذه الحالة، وعندئذ قد يوقف الإلتزام حتى يزول أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وقد ينقضي الإلتزام نهائيًا لاستحالة تنفيذه.

٢ ـ خطأ المضرور: قد يرجع عدم تنفيذ المتعاقد (المدين) لالتزامه أو

---
(١) العطار، ص ٢٢٨.

التأخر في هذا التنفيذ إلى خطأ المتعاقد المضرور نفسه (الدائن) ففي هذه الحالة يتحمل المضرور الضرر الذي تسببه فيه بخطئه، ولا مسئولية على المتعاقد الآخر (المدين). فلو تعاقد شخص مع سائق سيارة على توصيله إلى جهة معينة، وقبل أن تتف السيارة أسرع الراكب بفتح بابها ونزل منها وهي تتحرك، فأصيب، فلا مسئولية على الناقل؛ لأن المضرور وهو الراكب قد أخطأ وتسبب بخطئه في الضرر الذي لحق به.

لكن إذا أخطأ المضرور وأخطأ الطرف الآخر معه، ففي هذه الحالة نجد ثلاث صور يمكن إفتراضها؛ الأولى: أن ينفرد أحد الخطأين بالضرر دون آخر، فيتحمل المسئولية صاحب هذا الخطأ. الثانية: أن يستغرق خطأ أحدهما الآخر، فيتحمل المسئولية من استغرق خطؤه. الثالثة: أن يشترك كل من الخطأين في إحداث الضرر، دون أن يستغرق أحدهما الآخر. عندئذ توزع المسئولية على أساس جسامةالخطأ الذي ارتكبه كل منهما.

٣ـ خطأ الغير: ويقصد به هنا غير المتعاقدين، فإذا أثبت المدين أن الضرر الذي أصاب الدائن كان نتيجة لخطأ الغير، فلا مسئولية على المدين حينئذ، وإنما تقع المسئولية على هذا الغير، وهو هنا لا يسأل على أساس المسئولية العقدية لأنه خارج عن العقد، بل يسأل على أساس المسئولية التقصيرية. فإن اشترك خطأ المدين مع خطأ الغير في إحداث الضرر بالدائن فإنه يمكن تصور الفرضين الأخيرين في الفقرة السابقة؛ لأنه إما أن يستغرق خطأ أحدهما الآخر، أو يشتركان، فتوزع المسئولية[1].

---

(١) انظر في معيار الاستغراق: العطار، مصادر الالتزام، ص ٢٧٦.

١٣٣ ـ أثر قيام المسئولية العقدية:

يترتب على قيام المسئولية العقدية بتوافر شروطها السابقة، أن يصبح المسئول عقديًا ملتزمًا بتعويض الطرف الآخر معه في العقد، عن الأضرار المباشرة المتوقعة التي لحقت به بسبب الخطأ الذي ارتكبه هذا المسئول.

ويقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقًا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيًا في ذلك ظروف التعاقد (م١٧٠ مدني). فيقدر التعويض بمقدار الضرر بحسب ما انتهى إليه عند صدور الحكم، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب طبقًا للقواعد العامة، فلو أهمل المودَع لديه في حفظ الوديعة فتلفت، فإن الضرر يتمثل في قيمة الوديعة، وكذلك في وجوه الإنتفاع التي فاتت على صاحبها من ضياعها.

والتساؤل الذي يطرح نفسه هو أنه هل يمكن لطرفا العقد أن يتفقا على التعديل من أحكام المسئولية العقدية، سواء بالتخفيف منها أو التشديد فيها؟ وللإجابة عن هذا السؤال نخصص الفقرة التالية.

١٣٤ ـ تعديل أحكام المسئولية العقدية:

يقضي القانون المدني بأنه يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. . . » (م٢١٧).

يتضح من هذا النص أن القواعد التي وضعها المشرع لتنظيم المسئولية العقدية قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين لا قواعد آمرة، ومن ثم فإنه يجوز للمتعاقدين أن ينظما المسئولية التي تترتب على إخلال أحدهما بالعقد تنظيمًا يخالف التنظيم القانوني، سواء بالاتفاق على التشديد من أحكام هذه المسئولية أو بالاتفاق على التخفيف منها، بشرط أن يتراضى الطرفان على هذه الإتفاقات[1]، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

أولاً: الاتفاق على تشديد أحكام المسئولية العقدية:

تتخذ الإتفاقات المشددة للمسئولية العقدية صوراً متعددة، منها: الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وهو نوع من التأمين لصالح الدائن، وفيه من الغرر ما فيه[2] ومنها أيضًا: الإتفاق على جعل الالتزام ببذل عناية، التزامًا بتحقيق نتيجة، ومنها: الإتفاق على مقدار التعويض المستحق مقدمًا (الشرط الجزائي) بحيث يستحق هذا التعويض الإتفاقي دون حاجة إلى أن يثبت الدائن الضرر الذي أصابه.

ثانيًا: الاتفاق على تخفيف المسئولية أو الإعفاء منها:

هذه الاتفاقات تأخذ بدورها صوراً متعددة، منها: الإتفاق على جعل الالتزام بتحقيق نتيجة التزامًا ببذل عناية، وبالتالي يكون المدين قد وفى

---

(١) لبيب شنب، ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٢) كالاتفاق على أن يكون الناقل مسئولاً عن هلاك البضاعة التي تعهد بنقلها أيًا كان سبب الهلاك ولو كان خطراً قهريًا (نقض مدني ٢٩/ ١٠/ ١٩٤٥، مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة جـ١ ص٢٨٠ رقم ١٣٨).

بالتزامه إذا بذل في سبيل ذلك العناية المطلوبة ولو لم تتحقق النتيجة. ومنها أيضًا: الاتفاق على أن يتحمل المدين نصف قيمة الضرر الحاصل، أوأن يتحمل مبلغًا معينًا، بحيث لا يجوز المطالبة بأكثر منه ولو جاوزت قيمة الضرر هذا المبلغ.

وقد يتم الإتفاق على عدم إلزام المدين بأية تعويض عن الضرر، وهوما يسمى بالإعفاء من المسئولية، وهو إتفاق صحيح إذا ما تراضى عليه الطرفان. ويقصد به رفع مسئولية المدين كلية وعدم إلزامه بأية تعويض، ولو ثبت أن الدائن قد أصابه ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في هذا التنفيذ (م٢١٧/ ٢).

على أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من مسئوليته عن خطئه العمدي (أي غشه)، أوعن خطئه الجسيم (أي الفادح)، كما لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من مسئوليته عما يصيب شخص الدائن في جسمه من ضرر، كالجروح مثلاً[١].

وإذا كان من غير الجائز الإتفاق على إعفاء المدين من المسئولية عن غشه أو خطئه الجسيم، فإنه يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسئولية عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من الغير الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ إلتزامه، حيث لا ينزل غش الغير أو خطؤه في هذه الحالة منزلة غش المدين أو خطؤه شخصيا (م٢١٧/ ٢).

* * *

(١) العطار، ص ٢٣٠.

الفصل الثاني

انتهاء العقد

١٣٥ ـ الأسباب العامة لانتهاء العقد:

ينتهي العقد بواحد من ثلاثة أمور هي الانقضاء والإبطال والإنحلال، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالي:

أولاً: إنقضاء العقد:

يزول العقد بالإنقضاء، ويتم ذلك عن طريق تنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه، وهذا هو المصير الطبيعي للعقد، فعقد البيع ينقضي بتسليم البائع للمبيع، ودفع المشتري الثمن، كما ينقضي عقد الإيجار بانتهاء المدة المحددة، وقد ينتهي العقد بموت أحد المتعاقدين إذا ما كانت شخصية المتعاقد محل اعتبارخاص في التعاقد، كما في عقد الشركة والوكالة والمزارعة.

وبهذا فإنه ينبغي أن نفرق، في انتهاء العقد بالإنقضاء، بين العقود الفورية، وعقود المدة؛ ففي العقود الفورية يكون الإنقضاء بتنفيذ ما يرتبه العقد من التزامات، ولو كانت مؤجلة التنفيذ، وذلك عندما يحل وقت الوفاء بها طبقًا لما يقضي به الإتفاق أو القانون.

أما في العقود الزمنية أوعقود المدة، فإنها تنتهي بانتهاء المدة المحددة لها، كعقد العمل، وعقد الشركة، فإذا لم تتحدد مدة العقد كان لأي من الطرفين

انهاؤه بالإرادة المنفردة، وبذلك ينقضي العقد، مع مراعاة ما يحدده القانون أو الإتفاق من مواعيد خاصة بالإخطار، وذلك كله مع مراعاة ما يقضي به القانون من عدم إنهاء العقد بالرغم من إنتهاء مدته لظروف خاصة كما هو الحال بالنسبة لعقود إيجار الأماكن حيث تمتد هذه العقود إمتدادا قانونيا(١) .

ثانيا : الإبطال: يرد الإبطال على عقد باطل بطلانا مطلقا، أو علي عقد قابل للابطال وتقرر بطلانه، فالإبطال يرد على عقد نشأ غير صحيح، وفي حالة البطلان أو الإبطال يعاد المتعاقدان إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أي يزول العقد بأثر رجعي كما سبق أن بينا(٢) .

ثالثا: الانحلال: معناه إنتهاء القوة الملزمة للعقد، وهو يرد على عقد نشأ صحيحا وقبل أن ينقضي بالتنفيذ، يتقرر بطلانه إذا ما كان قابلا للإبطال وقد ينحل العقد قبل البدء في تنفيذه، وقد ينحل بعد البدء في التنفيذ وقبل تمامه، وهو يؤدي إلي زوال العقد بأثر رجعي أو بدون أثر رجعي - حسب الاحوال - وأهم أسبابه : الرجوع والإلغاء بالإرادة المنفردة والتقايل والفسخ .

١ - الرجوع: طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذا أبرم العقد فلا يجوز لأي طرف من أطرافه أن يرجع فيه، ومع ذلك فقد إستثنى القانون عقد الهبة، حيث يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل الموهوب له ذلك، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع،

(١) ألغى هذا الفرض بصدور القانون رقم ٤لسنة١٩٩٦ الخاص بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها أو التي إنتهت عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها، ومن ثم الغي الإمتداد القانوني لها .

(٢) راجع الإبطال كجزاء مقرر للاخلال بتكوين العقد: تعريفه، أنواعه، آثاره في الباب الأول.

[illegible]

متى كان يستند إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م [illegible] مدني).

وإذا تم الرجوع في الهبة ، فإنه يكون بأثر رجعي، حيث تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٠٣ [illegible] حيث قضت بأنه «يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن».

٢ ـ الالغاء بالإرادة المنفردة: الأصل أنه لا يجوز لأي طرف في العقد أن يستقل بإلغائه، ولكن القانون قد يخول احد المتعاقدين ـ إستثناء ـ الحق في ان يستقل بالغاء العقد بإرادته المنفردة وحدها، وهذا لايكون إلا بنص في القانون، مثال ذلك ما نص على ذلك في عقد القرض (م ٥٤٤)، والعارية (م٦٤٤) والمقاولة (م٦٦٣) والوكالة (م ٧١٥، ٧١٦) والوديعة (م ٧٢١) والتأمين (م ٧٥٩).

٣ ـ التقايل: هو توافق إرادة المتعاقدين على حل الرابطة العقدية ، ولا شك أن لهما ذلك بإتفاق لاحق، طالما أن لهما إنشاء هذه الرابطة.

ويتم التقايل بإتفاق جديد بين الطرفين، غير الإتفاق الذي نشأ به العقد والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعي، إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك. ولهذا فإنه قد يكون بأثر رجعي. إذا ما وجد إتفاق علي ذلك، وقد يكون بالنسبة للمستقبل فقط، فتزول الرابطة إما منذ البداية، وإما بالنسبة للمستقبل فقط.

وقد يتم التقايل صراحة، وقد يكون ذلك ضمنا، على خلاف بين الفقهاء في شأن هذا الإتفاق وما إذا كان تفاسخا أو إبراما لعقد جديد[1] فإن

(١) توفيق فرج، ص ٣٢٦ هامش (٢)، و العطار، ص ٢٤٤.

كان فسخا فإنه يكون له أثر رجعي ، وإن كان عقدا جديدا فلا أثررجعي له ، وإنما تترتب آثاره منذ إنعقاده دون استناد الى الماضي.

وإذا كان العقد يزول بالتقايل على هذا النحو ، فإنه ينبغي ألا يمس ذلك حقوق الغير التي تكون قد ترتبت على محل العقد خلال المدة التي قام فيها العقد صحيحا[1] .

٤ ـ الفسخ:

تمهيد : يقصد بالفسخ إنحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي، ويحدث هذا في العقود الملزمة للجانبين عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفذ إلتزامه، إذ يكون للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ، أو يتم إنفساخ العقد من تلقاء نفسه إذا استحال التنفيذ، أو يطلب المتعاقد وقف العقد إذا إمتنع المتعاقد معه عن التنفيذ، وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، ولذا فإن الفسخ يأخذ هذه الصور الثلاث، الفسخ والإنفساخ والدفع بعدم التنفيذ، ونبحث كل حالة من هذه علي حدة علي النحو التالي:

---

(١) جواز التقايل راجع إلى إتفاق الإرادتين معا، وعدم إلحاق ضرر بالآخرين طبقا للمقولة المشهورة «أنت حر ما لم تضر».

أولا: فسخ العقد

١٣٦ ـ التعريف به والأساس الذي يقوم عليه:

يقصد بفسخ العقد: حل الرابطة العقدية قبل تنفيذ العقد أو قبل تمام تنفيذه، بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته، ففسخ عقد البيع معناه أن تنتهي آثاره بالنسبة للبائع والمشتري جزاء إخلال أحدهما بالتزاماته. وبمقتضاه يستطيع العاقد الآخر حل الرابطة العقدية، حتى يتحرر نهائيا من الالتزامات التي فرضها عليه العقد، وذلك دون حرمانه من حقه الأصيل وهو التمسك بالعقد وضرورة تنفيذه عينا، إختيارا كان أم إجبارا، وإلا تم التنفيذ عن طريق المقابل أو التعويض [1] وله المطالبة بالتعويض في كلا الحالتين إن كان له مقتضي.

وقد اختلف الفقهاء في التأسيس القانوني للفسخ، فالبعض يؤسس الفسخ علي نظرية الشرط الفاسخ الضمني، على أساس أن في العقود الملزمة للجانبين شرط فاسخ يفترض وجوده، إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، يجوز للطرف الآخر أن يطالب بفسخ العقد على أساس وجود هذا الشرط الضمني. ولكن هذه النظرية منتقدة، لإنه لو افترضنا وجود هذا الشرط في العقد، وامتنع أحد المتعاقدين عن التنفيذ، لترتب على ذلك فسخ العقد من تلقاء نفسه، مع أن الفسخ لا يقع إلا بحكم أو إتفاق [2].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٦١١.

(٢) السنهوري. جـ١، ص ٧٨٤، بند (٤٦٣).

والبعض الآخر يؤسس فكرة الفسخ على أساس الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، فمن العدل أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الاخر أن يتحلل نهائيا من الالتزامات التي تقع على عاتقه نتيجة هذا العقد، وهذا هو الفسخ[1].

بيد أن جمهور الفقه يؤسس فكرة الفسخ على أساس نظرية السبب في العقد، ففي العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التصدي لالتزام أحد المتعاقدين هو إلتزام المتعاقد الآخر المقابل له، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد[2]، وأرى أن هذا الرأي لا يختلف كثيرا عن سابقه، وبالتالي فإن فكرة العدالة هي التي ينبغي أن تكون الأساس الذي تقوم عليه فكرة الفسخ، فمن العدل أن يتحلل أحد المتعاقدين من إلتزامه، إذا لم يقم المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته. بل إن هذا هو أبسط قواعد العدل.

ولا يقوم فسخ العقد إلا في العقود الملزمة للجانبين، فلا يتصور وجوده بالنسبةللعقود الملزمة لجانب واحد، ولذا فإنه يتم بالإتفاق بين الطرفين، ولذا فإنه يسمى بالفسخ الإتفاقي. وقد يقع بحكم القضاء. فيسمى بالفسخ القضائي، وقد ينص القانون عليه، فيسمى بالفسخ القانوني، أو الإنفساخ، وهي الحالة التي سنعرض لها بعد هذه الحالة مباشرة.

١٣٧ ـ الشروط التي يجب توافرها للمطالبة بالفسخ:

يشترط فقه القانون للمطالبة بفسخ العقد الشروط الآتية:

---

(١) توفيق فرج، ص ٣٢٨.

(٢) الصدة، مصادر الإلتزام، ص ٣٩٨ بند (٢٦٧).

أولا: أن يكون العقد ملزما للجانبين: (م ١٥٧ / ١).

فالفسخ لا يمكن تصوره إلا في العقود الملزمة للجانبين، حيث يوجد في هذه العقود، دون غيرها، تقابل بين الالتزامات، فكان سبب إلتزام أحد المتعاقدين هو إلتزام المتعاقد الآخر، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد، لكي يتحلل هو من الالتزامات التي يولدها العقد على عاتقه.

أما العقود الملزمة لجانب واحد، فلا يرد عليها الفسخ، فإذا إمتنع الملتزم فيها عن تنفيذ التزامه، فلا يحق للطرف الآخر - غير الملتزم - أن يطالب بالفسخ، إذ تقتضي مصلحته أن يطالب بتنفيذالعقد لا فسخه، فإذا إمتنع الواهب عن تنفيذ الهبة، كان للموهوب له أن يطالبه بالتنفيذ لا الفسخ، إذ لا يوجد ترابط بين الالتزامات في هذه الطائفة من العقود.

ثانيا: عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته (م١٥٧ / ١)

إذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد رغم أن الوفاء بالإلتزام لا يزال ممكنا، فيكون المتعاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ[١].

ويحق لهذا المتعاقد أن يطالب بالفسخ، سواء كان عدم الوفاء كليا أو جزئيا، كما يحق له أن يطالب بالفسخ إذا كان التنفيذ قد تم معيبا، فضلا عن حقه الاصلي في المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري[٢] وله المطالبة بالتعويض في

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٦١٨، بند (٣٠٥).

(٢) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٧٨ بند (٧٦).

الحالتين ان كان له مقتضى.

فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته، وكان ذلك راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون، ويسمى في هذه الحالة بالإنفساخ.

ثالثا: أن يعذر طالب الفسخ المتعاقد الآخر (م ١٥٧ / ١):

ومعنى إعذاره أي إنذاره، فيسجل عليه امتناعه عن التنفيذ، وقد يتم الإعذار بطريق رسمي أو غير رسمي قبل رفع دعوى الفسخ، وفي هذه الحالة يكون له أهميته، حيث يجعل القاضي أسرع استجابة للحكم بالفسخ، وأقرب إلى الحكم على المدين بتعويض زيادة على الحكم بالفسخ، وقد يتم الإعذار برفع دعوى الفسخ، إذ تعدبذاتها إعذارا[١].

رابعا: أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ إلتزاماته أو يكون قد نفذها بالفعل:

فالمتعاقد الذي يطالب بالفسخ، يجب ألا يكون قد وقع منه تقصير أو تأخير في تنفيذ إلتزاماته، فيجب أن يكون قد وفى بالتزاماته كما يوجبها العقد، أو على الأقل أن يكون مستعدا لهذا التنفيذ. فإن كان مقصرا في ذلك فلا يجوز له أن يطالب بتوقيع جزاء هو حري بأن يوقع عليه.

خامسا : أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد:

حيث يترتب على الفسخ ـ كالبطلان ـ إعادة الحال الى ما كان عليه قبل

---

(١) عبد الخالق حسن، ص ٢٧٧ ، العطار ، ص ٢٣٩ .

التعاقد، ولذا يشترط في طالب الفسخ أن يكون قادرا على ذلك، أما إذا لم يمكنه، كما لو تسلم المشتري بعض المبيع ثم تصرف فيه، فإنه لا يجوز له أن يطالب بفسخ العقد، لعدم تنفيذ البائع لباقي التزاماته، لإنه يترتب علي الفسخ في هذه الحالة، إلتزام المشتري بالضمان في مواجهة من تصرف إليه ببعض المبيع، فضلا عن عدم قدرته على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، والمعيار هنا شخصي وليس موضوعي، بحيث ينظر فيه إلي كل متعاقد على حدة.

١٣٨ ـ الفسخ الإتفاقي والفسخ القضائي:

إذا توافرت الشروط السابقة، جاز لطالب الفسخ أن يطلب فسخ العقد وفي هذه الحالة قد يتفق الطرفان علي الفسخ، فيتم الفسخ بالإتفاق بين الطرفين، وله صور متعددة، فقد يتفق الطرفان على إعتبار العقد مفسوخا إذا أخل أحدهما بتنفيذ إلتزامه، وفي هذه الحالة يتم الفسخ بشرط إعذار الدائن للمدين أو رفع دعوى الفسخ، وقد يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى إعذار أو حكم من المحكمة، وفي هذه الحالة يتم الفسخ بمجرد إمتناع أحد المتعاقدين عن التنفيذ، دون حاجة إلى إعذار أو حكم من المحكمة. وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وفي هذه الحالة فإن الإتفاق يسلب السلطة التقديرية للقاضي إذا ما رفع بشأنه نزاع، فإذا طالب الدائن بفسخ العقد، فيجب علي القاضي أن يجيبه لطلبه، ويعتبر حكم القاضي بالفسخ مقررا لا منشئا.

ويلاحظ أنه في كل أحوال الإتفاق على إعتبار العقد مفسوخا، يجوز رفع الأمر إلى القضاء، إلا أنه لا يجعل للقاضي سلطة تقديرية على النحو السابق.

أما الفسخ القضائي، فهو الذي يتم بمعرفة القاضي - متي توافرت شروط المطالبة بالفسخ - إذا رفع الأمر إليه، وقد أجاز القانون للقاضي أن يمنح المدين أجلا، إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام في جملته (م١٥٧/ ٢).

وبهذا يتضح أن للقاضي سلطة تقديرية في الاجابة إلي طلب الفسخ أو رفضه غير أن هذه السلطة التقديرية للقاضي لا تمنع الدائن أن يعدل عن طلبه اثناء نظر الدعوى ويطالب بالتنفيذ، كما لا تمنع المدين أن يتوقى طلب الفسخ إذا قام بالتنفيذ. ولو كان ذلك أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي.

١٣٩ ـ آثار الفسخ: (بالنسبة للمتعاقدين).

إذا فسخ العقد بحكم القاضي أو بإتفاق المتعاقدين، فإنه يترتب عليه آثاره من زوال العقد وإنتهائه، ويكون ذلك بأثر رجعي فللفسخ أثر رجعي، ويترتب عليه ضروة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويجب التفرقة في هذا الأثر بين ما إذا كان الطرفان قد نفذا شيئا من التزاماتهما أم لا، فإن لم يكن التنفيد قد تم فلا صعوبة، أما إذا كان قد تم التنفيذ كله أو بعضه، فإن إعادة الحال إلى ما كان عليه يستلزم أن يقوم من

تلقى أداء من الآخر برده إليه، فمثلا إذا فسخ عقد البيع، فإن البائع يلزم برد ما قبضه من ثمن المبيع للمشتري، كما يلزم المشتري برد ما تسلمه من المبيع الى البائع، فإن أمكن هذا الرد فإنه يعود به المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليهاقبل التعاقد، أما إذا استحال الرد كما لو هلك المبيع، جاز الحكم بتعويض (م١٦٠ مدني) هذا بالنسبة للعقود الفورية.

أما بالنسبة للعقود الزمنية كعقد الإيجار، فلا يكون للفسخ أثر رجعي، لأن ما استوفاه المستأجر من منفعة يستحيل عليه أن يردها، وبالتالي يفسخ العقد من وقت فسخه لا من وقت إبرامه، ما لم يرد نص في القانون يخالف ذلك. وتعتبر الفترة السابقة على فسخه منتجة لكافة آثارها، فإذا كانت هناك أجرة مستحقة قبل الفسخ ولم تدفع ظلت كذلك مستحقة بعد الفسخ، وبإعتبارها أجرة لا تعويضا[1].

١٤٠ ـ آثار الفسخ (بالنسبة للغير).

يترتب على الفسخ أن ينحل العقد بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير كذلك، وتبعاً لذلك فإنه يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، فإذاكان المشتري قد تصرف في المبيع لمشتر ثان، فإنه إذافسخ العقد الأول ووجب إعادة الامور إلى ما كانت عليه من قبل، فإن المشتري الثاني عليه أن يرد المبيع إلى المشتري الأول الذي يرده بدوره الى البائع. وكذلك الحال لو كان المشتري قد رتب أية حقوق أخرى على الشئ المبيع.

ولاشك في ترتب هذه الآثار بالنسبة للغير أيضا. إذا كان تصرف

(١) العطار، ص ٢٤١.

المشتري إلى الغير لاحقا على قيام رافع دعوى الفسخ بتسجيلها أو التأشير بها. فأي تصرف لاحق على التسجيل أو التأشير لا يسري قبل رافع الدعوى، ولا يكون للمتصرف اليه ان يتمسك به، وبالتالي يزول حقه بزوال حق من تصرف إليه[1]، لأنه يعتبر سئ النية حينئذ.

أما إذا كان هذا الغير قد تلقى حقه قبل تسجيل الدعوى المذكورة أو قبل التأشير بها، فإنه يكون له التمسك به، إلا إذا كان حسن النية، بأن كان لا يعلم بالفسخ ولا بأسبابه، وفي هذه الحالة ينبغي ألا يضار من الفسخ، ولهذا نص القانون على عدة أحكام يقصد بها حماية الغير حسن النية من نتائج الفسخ، وحتي يكون هناك استقرار في المعاملات وهي:

١ - إذا ورد العقد على منقول، وفسخ العقد، فإن الغير حسن النية تحمية قاعدة «الحيازة في المنقول سند ملكية».

٢ - إذا ورد العقد على عقار، فإن الغير حسن النية تحميه قاعدة «الخطأ الشائع يولد الحق» أو قاعدة «المظهر الخادع يحمي المخدوع»[2].

ولهذا أورد المشرع نصا خاصا بالدائن المرتهن حسن النية، فقرر انه «يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» (م١٠٣٤ مدني).

وليس هذا النص وغيره إلا حماية للغير حسن النية من نتائج الفسخ.

(١) توفيق فرج، ص ٣٣٤.

(٢) عبد الناصر العطار، ص ٢٤٢.

ثانيا: انفساخ العقد

١٤١ ـ تعريفه:

هو حل الرابطة العقدية إذا استحال تنفيذ الإلتزام بسبب أجنبي عن المدين أي لايد له فيه، ويتم ذلك بقوة القانون دون حاجة إلي حكم قضائي. ويرجع ذلك أيضا إلى فكرة الترابط بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين. فإذا تخلف إلتزام أحد المتعاقدين بسبب إستحالة تنفيذه، بعد قيامه صحيحا، وكانت هذه الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه، إنفسخ العقد بقوة القانون، دون حاجة إلي أن يتمسك أحد الطرفين بحله أو صدور حكم من القضاء بذلك.

١٤٢ ـ شروط الانفساخ

لا انفساخ للعقد إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

أولا: أن يصير إلتزام العاقد مستحيلا، بمعنى أن يصبح تنفيذه غير ممكن، والمقصود بالإستحالة هنا، الإستحالة المطلقة التي تتعلق بالإلتزام ذاته، لا الإستحالة الذاتية التي تتعلق بشخص المدين، ولا الإستحالة النسبية لموضوع الإلتزام ذاته، إذ في هذه الأخيرة يجوز أن يتم التنفيذ بالقدر الذي يصير ممكنا(١).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٦٥١، وفي هذه الحالةيثبت للدائن الخيار بين أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقى ممكنا من محل الإلتزام.

ويلزم أن تكون هذه الإستحالة موضوعية، أي يصير التنفيذ غير ممكن تحت أي ظرف من الظروف، فلو كانت الإستحالة مؤقتة، أي كان من شأنها أن يصير التنفيذ ممكنا بعد فترة من الزمن، فإن المانع المؤقت لا ينهض سببا للفسخ، وإنما ينهض سببا لوقف الفسخ وإرجاء التنفيذ حتى ينتهي.

ثانيا: أن تكون إستحالة التنفيذ ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد، فإن كانت الإستحالة قائمة عند إبرام العقد، فلا مجال للكلام عن الفسخ لأن العقد نفسه لا يقوم.

ثالثا : يلزم أن تكون إستحالة تنفيذ الإلتزام راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين بمعنى أن لا يكون للمدين يد فيه، كما إذا كانت ناشئة عن قوة قاهرة أو فعل الدائن، أو فعل الغير، فان كان للمدين يد فيه، فإن العقد لاينفسخ، ويبقى إلتزامه قائما، ويكون التنفيذ بطريق التعويض لإستحالة التنفيذ العيني.

١٤٣ ـأثر الإنفساخ:

إذا توافرت شروط الإنفساخ السابقة، فإنه ينتج أثره، والذي يتمثل في زوال العقد من تلقاء نفسه، وبقوة القانون دون حاجة إلى الإتفاق عليه من المتعاقدين، أو صدور حكم به من القضاء، وذلك فور حصول إستحالة الوفاء بالإلتزام ، ومن غير حاجة إلى إعذار المدين. ونتيجة لزوال العقد، تزول معه كافة الالتزامات المتولدة عنه.

ويلاحظ ان المشرع لم يعرض إلا لإنفساخ العقد الملزم للجانبين (م ١٥٩)

حيث لم يعرض أصلا لإنفساخ العقد الملزم لجانب واحد، والحقيقة أن الإنفساخ يرد على العقد الملزم لجانب واحد، كما يرد علي العقد الملزم للجانبين، وذلك بخلاف الفسخ الذي لا يتصور وروده إلا في خصوص العقد الأخير دون الأول[1].

وإذا إنقضى الإلتزام بالإنفساخ، فإنه يزول بأثر رجعي، يمتد إلى الوقت الذي أُبرم فيه، حيث يعتبر العقد كأن لم يكن، الأمر الذي يستوجب إعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، وذلك في نفس الحدود المقررة في شأن الفسخ، دون حاجة إلي مطالبة المدين بتعويض عن عدم التنفيذ، لإستحالة محله بسبب أجنبي لايد له فيه.

١٤٤ ـ تحمل تبعة الهلاك:

إذا إستحال تنفيذ العقد لهلاك محله بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فان تحديد المتعاقد الذي يتحمل تبعة هذا الهلاك يختلف من العقود الملزمة للجانبين عنه في العقود الملزمة لجانب واحد. ففي العقود الملزمة للجانبين نجد أن الذي يتحمل تبعة هلاك محل العقد هو المدين، ففي عقد البيع، إذا هلك المبيع المعين بذاته قبل تسليمه، سقط إلتزام البائع بتسليم المبيع، وسقط إلتزام المشتري بدفع الثمن، وبالتالي تقع تبعة الهلاك علي البائع، وهو الملتزم بالتسليم (م ٤٣٧).

أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فإن الدائن هوالذي يتحمل تبعة

(١) المرجع السابق، ص ٦٥٨.

الهلاك، فلو هلك الشئ الموهوب، سقط التزام الواهب (المدين) وتحمل الموهوب له (الدائن) تبعة الهلاك

ثالثا: الدفع بعدم التنفيذ

١٤٥ - مضمونه:

يقصد بالدفع بعدم التنفيذ، أو الإمتناع المشروع عن الوفاء كما يطلقه البعض(١) دفع أحد المتعاقدين مطالبة المتعاقد الآخر معه بتنفيذ الإلتزام ولو كان حالا، إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذ إلتزامه أو على الأقل عرض القيام بتنفيذه، ما دام هذا الالتزام حال الأداء.

ويمكن الإستعانة بإجراءات العرض الحقيقي، لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين، في حالة إدعاء كل منهما إنه مستعد للوفاء إذا وفي الآخر(٢).

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية وليست هجومية، فهو - كما يدل عليه اسمه - دفع وليس دعوى، يقرره القانون للمتعاقد الذي يكون في نفس الوقت دائنا ومدنيا للعاقد الآخر، ويخوله بمقتضاه الحق في أن يدفع مطالبة غريمه له بالدين الذي عليه، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له، ويتضح من هذا أن هذا الدفع قد يوقف العقد مؤقتا، فهو لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين على هذا النحو، والفكرة الأساسية التي يقوم عليها الدفع

---

(١) عبد الخالق حسن، ص ٢٩٢.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ٢ ص ٣٣٣.

بعدم التنفيذ هي إرتباط إلتزامات كل متعاقد بإلتزامات المتعاقد الآخر، بمعنى أنه« إذا أردت ان تأخذ مالك، فعليك أن تفي بما عليك، فلا عهد لمن لا عهد له»[1].

والبعض يؤسس فكرة الدفع بعدم التنفيذ بفكرة السبب، لأن الأصل في العقود الملزمة للجانبين تعاصر التنفيذ[2].

في حين يري البعض الآخر أن الدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا تطبيق للحق في الحبس[2]، وقد نص القانون المدني الحالي علي هذه الوسيلة في المادة ١٦١ منه[4].

١٤٦ ـ شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يستخلص من نص القانون المدني على الدفع بعدم التنفيذ، أنه يشترط لوقف العقد بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية، الشروط الاتية:

الشرط الأول: أن يكون العقد ملزما للجانبين:

وذلك حتى تكون هناك التزامات علي عاتق المتعاقد الذي يُطالب بتنفيذ

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٦٦٦ بند (٣٣٨)، لبيب شنب، ص ٢٩٣ بند (٢٤٨).

(٢) عبد الخالق حسن، ص ٢٩٢. عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٦٦٧ بند (٣٤٠).

(٣) إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، جـ١، ص ٣٢١ بند (١٦٠).

(٤) تنص المادة ١٦١ من القانون المدني على أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

العقد من جانب المتعاقد الآخر معه، حيث يستطيع الاخير أن يتمسك حينئذ بالدفع بعدم التنفيذ أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فلا يتصور الدفع فيها بعدم التنفيذ.

ويمكن القول بأن نطاق إعمال الدفع بعدم التنفيذ أضيق من نطاق إعمال الحق في الحبس، إذ يفترض هذا الأخير وجود إلتزامات متقابلة كل منها مرتب على الآخر ومرتبط به، أيا كان مصدر هذه الالتزامات سواء كان عقد أو غيره من المصادر، في حين نجد أن الدفع بعدم التنفيذ يتقيد نطاقه بالعقد لاغير فالحق في الحبس أعم من الدفع بعدم التنفيذ[1].

الشرط الثاني: أن يخل أحد المتعاقدين بالعقد:

يجب أن يكون هناك إخلال بالعقد من أحد طرفيه بمعنى أن يكون أحد المتعاقدين قد امتنع عن تنفيذ إلتزاماته رغم قدرته على هذا التنفيذ، في الوقت الذي يطالب هو المتعاقد الآخر معه بالتنفيذ بالمقابل.

الشرط الثالث: أن تكون الإلتزامات المتقابلة مستحقة الأداء.

فإذا لم تكن هذه الإلتزامات مستحقة الأداء، لا يكون هناك مجال للدفع بعدم التنفيذ، ففي عقد البيع مثلا، لا يكون للبائع أن يتمسك بهذا الدفع ويمتنع عن تنفيذ إلتزاماته بتسليم المبيع، إذا كان الثمن مؤجلا، أما إذا كان الثمن مستحق الأداء وواجب الدفع في الحال، كان له أن يتمسك بالدفع لعدم تنفيذ المشتري لإلتزاماته. ويجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، إذا كان

---

(١) توفيق فرج، ص ٣٤٠.

الإلتزام مؤجلا، وذلك إذا ما كان الأجل قد منح من القاضي ، وهو ما يسمى بنظرة الميسرة[1] .

الشرط الرابع: ضرورة مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع:

فلا يجوز التمسك بالدفع إلا إذا كان المتمسك به مستعدا لأداء التزاماته، كما لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، إذا كان المتعاقد الآخر معه قد قام بتنفيذ الجزء الأعظم من التزاماته، إذ القاعدة أنه يجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود.

فإذا كان من يتمسك بالدفع هو الذي تسبب في تأخير الطرف الآخر لإلتزاماته، أو كان ما بقى من إلتزام هذا الأخير يسيرا بالنسبة إلى ما نفذ من الإلتزام في جملته، فإنه لا يحق للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وإلا عد متعسفا في استعمال حقه.

وقد يستحيل على المتعاقدين تنفيذ إلتزامه إستحالة مؤقتة بسبب أجنبي، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بالرغم من عدم وجود اخلال من المتعاقد الآخر معه، ولا يعد هذا تناقضا مع إعمال هذه القاعدة «حسن النية في تنفيذ العقود» بل هو تطبيق حرفي لها.

١٤٧ ـ أثر الدفع بعدم التنفيذ:

يترتب علي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وقف تنفيذ العقد، ويبقي

(١) السنهوري، جـ١ ص ٨٣٢ بند (٤٩٥).

الالتزام قائما كما هو، دون أي نقص في مقداره خلال مدة الوقف، ويستمر هذا الوقف الي أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته، فإذا ما قام به، ظل العقد منتجا لآثاره، وإن كان يترتب على وقف التنفيذ خلال تلك المدة أثره بالنسبة للعقود الزمنية، كعقد الايجار والتوريد، حيث ينقص الإلتزام في كمه، ولا يكون المتمسك بالدفع مسئولا عن الأضرار التي تلحق الطرف الآخر من جراء عدم التنفيذ، لأنه يمارس حقا له، ومن يمارس حقه دون أن يكون متعسفا فيه لا يعد مخطئا[1] .

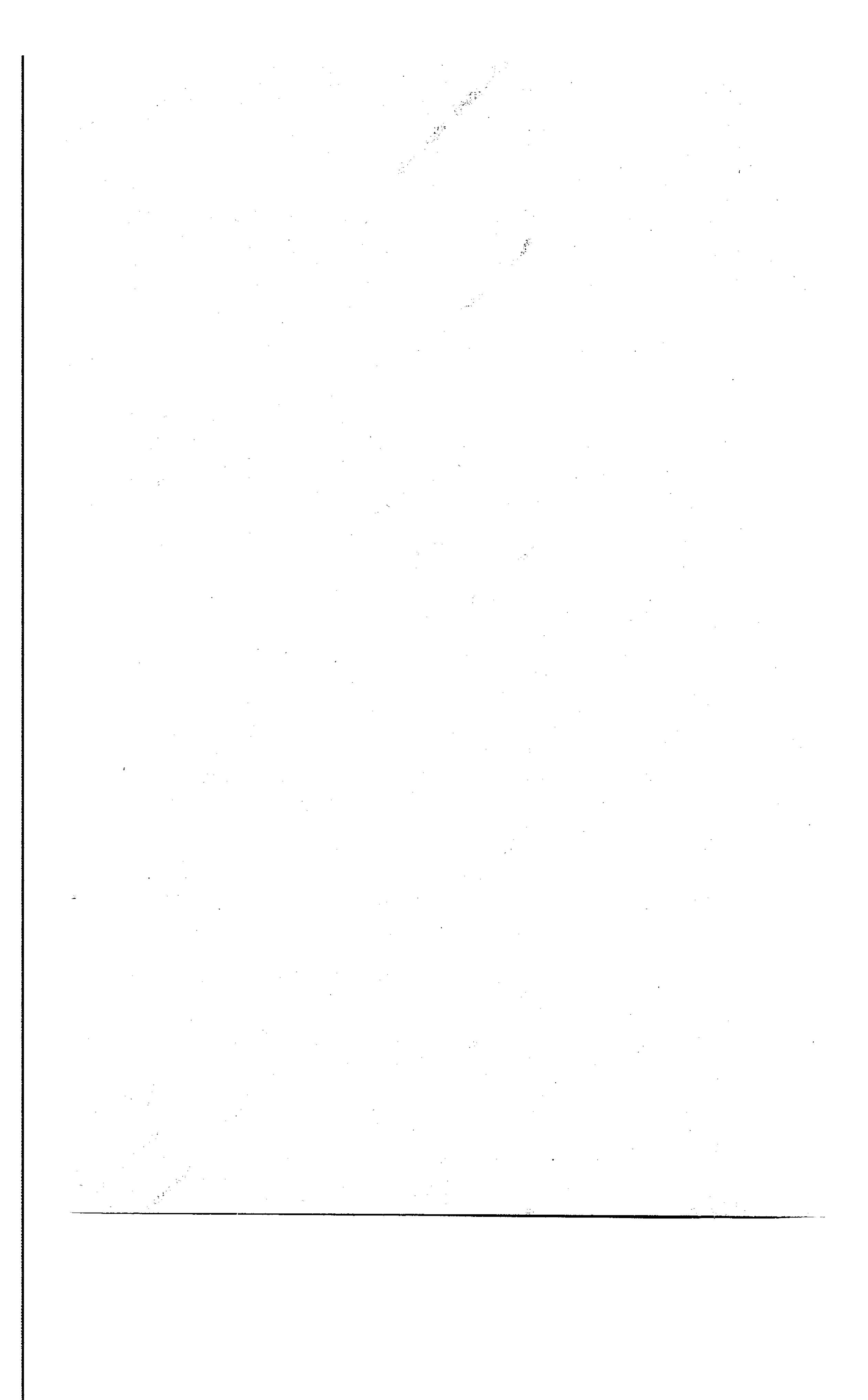
بيد أن الهدف من هذا النظام هو الضغط على إرادة المتعاقد الممتنع حتى يعدل عن إمتناعه وينفذ إلتزاماته، فإن نجح الدفع بعدم التنفيذ في تحقيق هذا القصد كان بها، واستعاد العقد قوته الملزمة بالنسبة لكلا المتعاقدين، وتعين عليهما تنفيذه، أما إذا لم يفلح هذا النظام، وأصر المتعاقد على عدم تنفيذ إلتزاماته، فعلى المتعاقد الآخر ـ المستعد للتنفيذ ـ أن يلجأ إلى التنفيذ العيني الجبري إن كان ممكنا، أو مطالبة الممتنع عن التنفيذ بالتعويض على أساس المسئولية العقدية، وإلا كان له أخيرا أن يتمسك بفسخ العقد مع ما يترتب عليه من نتائج سابقة.

ويلاحظ أن الدفع بعدم التنفيذ لا يتجزأ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الحق في الحبس، ولمن يتمسك بهذا الدفع أن يحتج به في مواجهة المتعاقد معه، كما يكون له أن يحتج به قبل الغير، وينقضي الدفع بعدم التنفيذ ـ وما يترتب

(١) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٧٥ بند (٧٥).

عليه من آثار - بهلاك محل إلتزام الدائن، كما لوهلك المبيع تحت يد البائع الحابس له، وتقع تبعة الهلاك ا لذي يحدث خلال مدة الوقف على المشتري في هذه الحالة ، لإنه هو الممتنع عن التنفيذ ، فهو المقصر حينئذ .

❊ ❊ ❊



الباب الثالث

تقسيمات العقود

١٤٨ - تمهيد وتقسيم:

لا تقعَ العقود تحت حصر معين، إذ القاعدة أن للأفراد الحرية في إنشاء ما يريدون من عقود، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن الفقهاء قد عنوا بتقسيم العقود الى طوائف أو مجموعات تندرج تحت كل منها عدد لا ينحصر من العقود، وذلك تبعا لخصائص تنفرد بها كل مجموعة أو طائفة، الأمر الذي تظهرفائدته في معرفة القواعد التي تنطبق على كل منها، وقد حاول الفقهاء ذلك كوسيلة للتأصيل واستخلاص المبادئ العامة التي تحكم كل قسم أو طائفة من العقود، تسهيلا لمهمة الدارسين والباحثين. ولذلك فإن معظم التشريعات، ومنها التشريع المصري لا تتضمن ذكر لتقسيمات العقود(١).

ووفقا لهذه المحاولة الفقهية، فإنه يمكن تقسيم العقود بإدخال كل مجموعة منها في قسم أو في طائفة، وتتعدد هذه الأقسام بحسب نقطة البداية التي يستمد منها التقسيم، إذ يمكن تقسيم العقود تبعا لتنظيم المشرع لها كما يمكن تقسيمها بحسب الأركان اللازمة لانعقادها، وأخيرا يمكن تقسيم العقود بحسب الآثار المترتبة عليها ووفقا لطبيعة الإلتزامات الناشئة عنها.

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ١١ بالهامش حيث ورد فيه «تعمد المشرع إغفال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنينات اللاتينية النزعة، لأن العناية بها من شأن الفقه ولذلك رؤي من الأحوط أن تهمل في النصوص الشرعية».

وبناء علي ذلك فإنه يمكن تتبع تقسيمات العقود بالنظر إلى الزاوية التي ينظر إليها منها، بحيث يكون كل طائفة من العقود في فصل مستقل، وذلك علي النحو التالي:

الفصل الأول

تقسيم العقود بحسب تنظيم أو عدم تنظيم المشرع لها

١٤٩ - تنقسم العقود بالنظر الى تنظيم المشرع أو عدم تنظيمه لها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة:

فالعقد المسمى: هو العقد الذي وضع له المشرع إسما خاصا، وتكفل ببيان القواعد المنظمة له، سواء في ذلك القانون المدني أو في القوانين الأخرى، وذلك لانتشاره بين الناس.

وقد نظم القانون المدني طائفة من العقود، ووضع لكل منها أحكاما معينة وذلك في الكتاب الثاني من القسم الأول تحت عنوان « العقود المسماة» ومنها: عقد البيع والهبة والقرض والإيجار والوكالة والتأمين.

كما نظم القانون التجاري طائفة أيضا من العقود، كعقد الوكالة بالعمولة (م٨١ - ٨٩ من قانون التجارة)، كما نص قانون المرافعات كذلك على عقد التحكيم (م ٥٠١ وما بعدها).

أما العقود غير المسماة: فهي تلك التي لم يضع المشرع لها تنظيما تشريعيا، حيث لم ينظمها بالإسم، ولم يبين القواعد الخاصة بانعقادها وآثارها، ويرجع هذا غالبا إلى ندرتها أو لعدم إستقرار أحكامها، وبالرغم من ذلك فإن لهذه العقود أسماء معينة، إلا أنها من صنع الإرادة لا من وضع المشرع لها، كعقد التوريد وعقد النشر الذي يتم بين المؤلف والناشر، وعقد

النزول في فندق، والعقد الذي يبرمه العميل مع صاحب مطعم أو مقهى بقصد تناول طعام أو شراب.

والعقود غير المسماة لا حصر لها؛ إذ الأصل أن الإرادة حرة في إنشاء ما تراه من العقود ما دام ذلك في حدود النظام العام والآداب، وقد يتحول العقد غير المسمى إلى عقد مسمى، وذلك إذا ما تناوله المشرع بالتقنين والتنظيم لأحكامه، ويحدث هذا غالبًا عند شيوع عقد من هذه العقود وظهور أهميته في الحياة العملية، مثال ذلك: عقد التأمين على الحياة، حيث لم يكن القانون القديم ينظم أحكام هذا العقد، ثم جاء القانون المدني الجديد وأفرد لهذا العقد أحكامًا خاصة به، لأهمية هذا العقد وانتشاره.

ولا يفهم مما سبق أن العقود غير المسماة لا تخضع لتنظيم القانون، إذ أن المشرع قد وضع الأحكام الأساسية للعقد في نطاق نظرية عامة تشمل كافةالعقود وهذه الأحكام تسري على جميع العقود ما لم يرد بشأن بعضها حكم خاص. فالعقد غير المسمى إذن يخضع للأحكام العامة للقانون وللأحكام التي تستنتج عن طريق القياس بمقارنته بما قد يشابهه من العقود المسماة[1].

١٥٠ ـ أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة:

تبدو أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة من حيث القواعد الواجبة التطبيق؛ فالعقود المسماة نظمها المشرع ووضع لها أحكامها

---

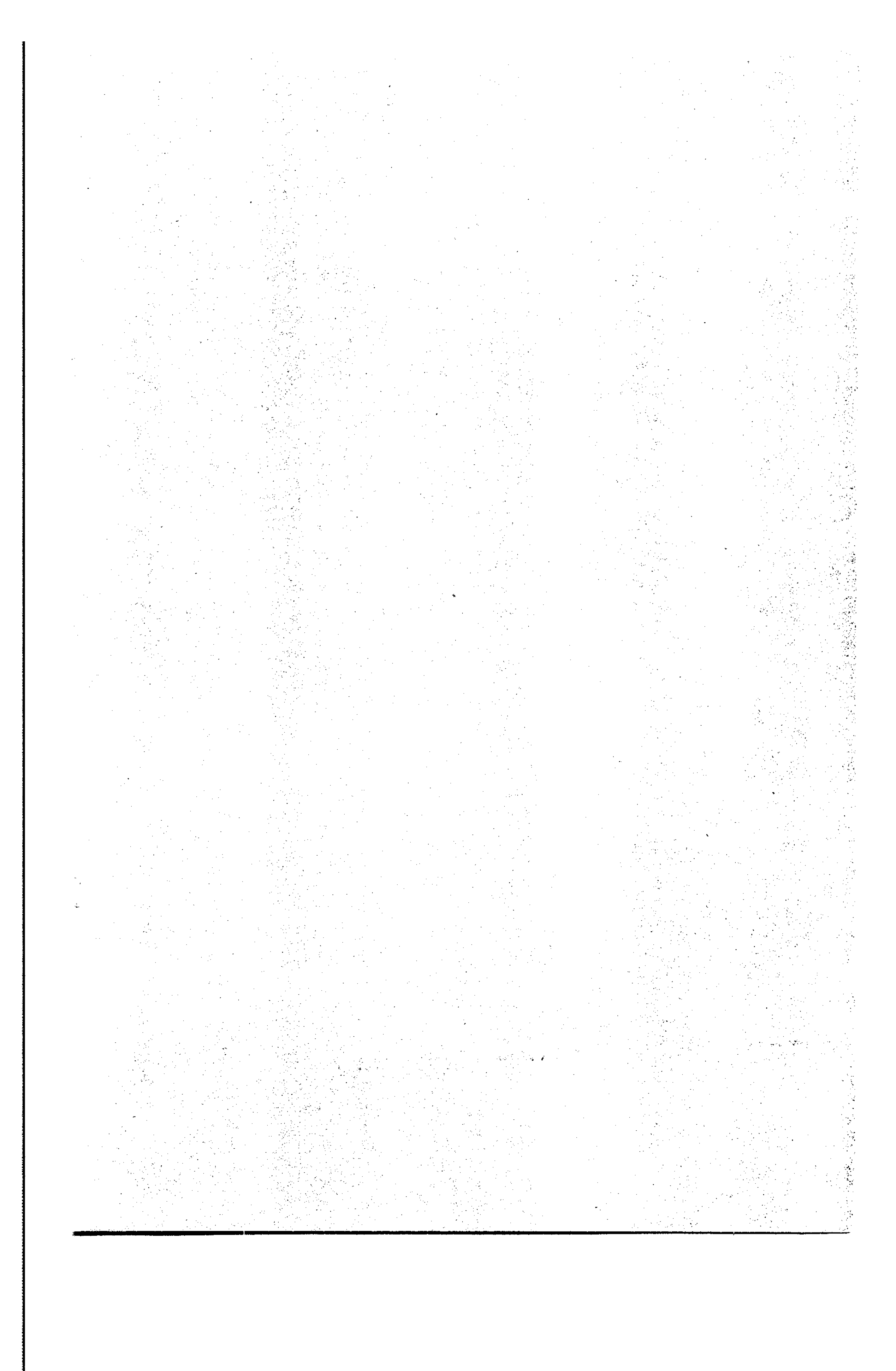
(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٥٧.

الخاصة، ولذا تطبق عليها هذه الأحكام أولاً، فإذا لم يوجد فيها نص يطبق رجعنا إلى القواعد العامة لنظرية العقد، فلا يلجأ إلى تطبيق هذه القواعد العامة إلا إذا لم توجد قاعدة خاصة بالعقد محل النزاع.

فمثلاً: إذا تعلق الأمر بعقد هبة فإن المادة رقم ٥٠٠ مدني هي التي تطبق، حيث تجيز للواهب أن يرجع في هبته بترخيص من القضاء متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، وبالتالي لا تطبق عليه القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٧ والتي تقرر أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين.

أما العقود غير المسماة، فنظراً لعدم تنظيم المشرع لها، فلا توجد قواعد خاصة بها تطبق في حالة عدم إتفاق الطرفين، ولذلك فإنها تخضع للقواعد العامة التي تنطبق على كل العقود، ولا تختص بعقد معين، فإذا لم يوجد في القواعد العامة ما يكفي لتطبيقه على هذه العقود، فإنه يتعين الرجوع إلى قواعد أقرب العقود المسماة، وذلك عن طريق القياس، أي عن طريق مقارنة العقد غير المسمى بعقد مسمى، مع بيان أوجه الشبه والإختلاف بينهما، وإستخلاص القواعد التي تناسب العقد غير المسمى مما نص عليه القانون بشأن العقد المسمى. فعقد النزول في فندق وهوعقد غير مسمى يشبه كثيرا عقد الإيجار، و هو عقد مسمى، ولذا يمكن القياس في هذه الحالة.

* * *



الفصل الثاني
تقسيم العقود بحسب تكوينها

١٥١ ـ يمكن تقسيم العقود بحسب تكوينها إلى عدة أقسام، فمن حيث الأركان اللازمة لتكوينها وانعقادها، تنقسم إلى عقود رضائية وأخرى غير رضائية، ومن حيث الأشخاص الذين تنصرف إليهم آثارها تنقسم إلى عقود فردية وأخرى جماعية أو مشتركة، ومن حيث حرية الأطراف في مناقشة شروطها؛ تنقسم إلى عقود مساومة وعقود إذعان ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

أولاً: العقود الرضائية والعقود غير الرضائية:

١٥٢ ـ تنقسم العقود من حيث الأركان اللازمة لتكوينها وانعقادها إلى عقود رضائية وعقود غير رضائية، وتلعب الإرادة دوراً أساسيًا في هذا التقسيم.

١٥٣ ـ العقود الرضائية: هي العقود التي يكفي لانعقادها تراضي أطرافها على إنشائها، وعلى حكم المسائل الجوهرية فيها، دون حاجة إلى أي اجراء آخر، ودون حاجة إلى إفراغ التراضي في شكل معين، فيجوز في هذه العقود أن يتم التراضي بالكتابة، أو باللفظ، أو بالإشاة الدالة المفهمة. وأكثر العقود في القوانين الحديثة رضائية أي تنعقد بمجرد تراضي أطرافها عليها، كعقد البيع والإيجارمثلاً، بل إن الرضائية في العقود هي الأصل؛ تطبيقًا لمبدأ سلطان

الإرادة، وبالتالي يعتبر العقد رضائيًا دون حاجة إلى تصريح خاص في القانون بهذه الصفة[1].

١٥٣ العقود غير الرضائية: هي العقود التي لا يكفي لانعقادها التراضي عليها، بل يجب فضلاً عن هذا التراضي، توافر إجراء آخر. هذا الإجراء قد يكون شكلاً معينًا يجب أن يتم فيه التراضي، وقد يكون تسليم شيء معين أو عين معينة، وعلى ذلك فإن العقود غير الرضائية تنقسم إلى عقود شكلية، وعقود عينية[2].

١ ـ العقد الشكلي: هو العقد الذي لا ينعقد إلا إذا اتخذ رضاء الطرفين فيه شكلاً معينًا يحدده القانون أو إتفاق المتعاقدين والشكل الذي يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحداً في كل العقود الشكلية، بل يتدرج ما بين الورقة الرسمية، أي التي يلزم لتحريرها موظف مختص، والورقة العرفية، ففي بعض العقود يستلزم القانون الرسمية لانعقادها كما هو الحال في هبة العقار (م٤٨٨مدني) وعقد الرهن الرسمي (م١٠٣١ مدني). وفي البعض الآخر يكتفي القانون بكتابة محرر ولو كان عرفيًا، كما هو الحال في عقد الشركة المدنية (م٥٠٧مدني) وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م٨٥١مدني).

وقد تكون الشكلية واجبة بمقتضى إتفاق الأطراف في العقد، كأن يتفق شخصان أثناء المفاوضة لإبرام عقد معين، على أن هذا العقد لا ينعقد إلا إذا تمت كتابته وتوقيعه.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٥٩ بند (٣١).

(٢) المرجع السابق، ص ٤٠ بند (٢٨).

ويلاحظ أن الشكل الذي يتطلبه القانون لا يجعل التصرف شكليًا إلا إذا كان ضروريًا لقيامه، بحيث أنه ينعدم إذا تخلف، أما إذا لم يصل دور الشكل إلى هذا الحد، فإن التصرف لا يعد شكليًا، بل يستمر رضائيًا، ويتحقق ذلك عندما يكون الشكل المطلوب للإثبات لا للانعقاد، مثل ما نصت عليه المادة ٦٠/ ١ من قانون الإثبات المعدلة بالمادة السابعة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، حيث تثبت أنه يلزم الكتابة أو ما في حكمها لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها على مائة جنيه.

ومن هنا يلزم التفرقة بين الكتابة المطلوبة للإثبات، والكتابة المطلوبة للانعقاد، فالعقد الأول رضائي بالرغم من إشتراط الكتابة، في حين نجد العقد الثاني شكلي حيث لا ينعقد إلا إذا أفرغت الكتابة الدالة على إرادة الأفراد في هذا الشكل، وغني عن البيان أن الشكل في العقود الشكلية لا يغني عن الإرادة، وبالتالي لا يقوم العقد أصلاً ولو أفرغ في الشكل الذي تطلبه القانون، إذا انعدمت الإرادة أصلاً، أو كانت معيبة، فلو تم الرهن الرسمي في الصورة التي يستلزمها القانون ثم اتضح أن العقد تم بين شخصين أحدهما مجنون، فلا قيام للعقد أصلاً لانعدام الإرادة.

كما يجب التمييز أيضًا بين الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد، ووسائل الشهر العقاري، فقانون الشهر العقاري ينص على أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله.. يجب شهرها بطريق التسجيل (م٩ من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م).

فشهر التصرفات وفقًا لهذا ليس مطلوب للانعقاد، وإنما لإنتاج آثار العقد المقصودة من وراء إبرامه، بخلاف الشكلية التي يتطلبها القانون، حيث لا ينعقد العقد بدونها ولا يغني عنها شهر التصرف في سجلات الشهر العقاري[١]، كما لا يغني الشكل عن الشهر.

٢ ـ العقد العيني: هو العقد الذي يلزم لانعقاده تراضي أطرافه عليه، مع ضرورة تسليم شيء أو عين معينة محل العقد، بحيث لا ينعقد العقد إن لم يسلم الشيء أو هذه العين.

مثال ذلك: هبة المنقول، فهي لاتتم بمجرد تراضي الواهب والموهوب له، بل إنها لا تتم إلا بالقبض، أي بتسليم الواهب الشيء الموهوب إلى الموهوب له، وعندئذ يقال إن العقد عيني، وقد تكون الهبة بورقة رسمية فيقال إن العقد شكلي (م٤٨٨/ ١مدني)، وقد يشترط لانعقاد التأمين دفع القسط الأول، وعندئذ يصبح العقد عقدًا عينيًا، ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عينية عقد لم يكن عينيًا في الأصل، فيصبح باتفاقهما عقدًا عينيًا، فالراجح أن الرضائية ليست من النظام العام[٢].

ويلاحظ أن الأصل في العقود الرضائية، فاعتبار عقد من العقود شكليًا أو عينيًا يعد استثناء من قاعدة رضائية العقود، ولذلك يجب لاعتبار عقد ما شكليًا أو عينيًا أن ينص القانون على ذلك صراحة، فإذا وجد شك حول مايقصده المشرع، وجب تغليب الصفة الرضائية؛ لأنها هي الأصل الذي لا

(١) نبيب شنب، ص ٤٤، بند (٣٠).
(٢) المرجع السابق، ص٤٠، بند (٢٨).

يحتاج إلى نص يقرره، كما لو اشترطت الكتابة، وثار الشك هل هي للإثبات أم للانعقاد، اعتبرت لإثبات العقد، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك[1].

١٥٤ ـ العلة من الشكلية أو العينية:

يعمد المشرع إلي إخراج بعض العقود من حظيرة الرضائية، واشتراط إجراء آخر لانعقادها بقصد تحقيق أحد هدفين:

الأول: تنبيه أحد المتعاقدين أو كليهما إلى خطورة الآثار التي تترتب على العقد الذي يبرمانه، ويبدو ذلك واضحًا بالنسبة لعقد الهبة، فالغرض من اشتراط الرسمية في هبة العقار، والتسليم في هبة المنقول هو تنبيه الواهب إلى خطورة التصرف المقدم عليه، وهو تجرده عن ملكية الشيء الموهوب في الحال دون مقابل.

الثاني: تحديد طبيعة العقد وآثاره بدقة، وخاصة في الحالات التي يستغرق فيها تنفيذ العقد زمنًا. كما هو الحال في عقد الشركة، وعقد تقرير مرتب مدى الحياة، فيشترط القانون لانعقادهما، ضرورة إفراغ تراضي المتعاقدين فيهما في محرر مكتوب، حتى يكون مرجعًا عند المنازعة خلال مدة سريان هذين العقدين[2].

ثانيًا: العقود الفردية والعقود الجماعية أو المشتركة[3]:

١٥٥ ـ تنقسم العقود من حيث الأشخاص الذين تنصرف إليهم آثارها

---

(١) العطار، ص ٢٦٦ ، بند (١٣٣).

(٢) لبيب شنب، ص ٤٠ بند (٢٧).

(٣) المرجع السابق، ص ٤٦، بند (٣١). توفيق فرج، ص ٦٢، بند (٤٣).

إلى عقود فردية، وعقود جماعية أو مشتركة.

فالعقد الفردي: هو العقد الذي لا تنصرف آثاره لغير المتعاقدين اللذين تراضيا عليه، فلا ينشيء حقًا، ولا يرتب التزامًا إلا على عاتق من كان طرفًا فيه.

والعقد الجماعي أو المشترك: هو العقد الذي تنصرف آثاره إلى الأشخاص الذين تراضوا عليه (الطرفين) وإلى أشخاص آخرين لم يظهروا إرادتهم في قبوله. مثل عقد العمل المشترك، وعقد الصلح الذي يبرم بين التاجر المفلس ودائنيه، حيث يبرم الأول بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال، وبين واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال الذين يستخدمون عمالاً ينتمون إلى تلك النقابات بقصد تحديد شروط العمل[(١)]. ويبرم العقد الثاني بين المفلس وجماعة الدائنين بموافقة أغلبيتهم[(٢)].

ويتضح من هذا أن عقد العمل المشترك، وعقد الصلح، من العقود الجماعية، إذ لا يشترط لإبرامهماموافقة جميع الأطراف، بل تكفي فقط الأغلبية ومع ذلك فإن الآثارتلزم الجميع.

وتعتبر العقود الفردية هي الأصل، إذ القاعدة العامةتقضي بنسبية آثار العقود، بحيث لا تنشيء حقًا ولا ترتب التزامًا إلا بالنسبة لمن كان طرفًا فيها ووافق على أحكامها، كالبيع والهبة والقرض والإيجار... الخ.

---

(١) المادة ٨٩ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩.

(٢) الأغلبية المطلوبة هي الأغلبية التي تكون لها ثلاثة أرباع الديون التي على المفلس (م٣١٧ من قانون التجارة).

أما العقود الجماعية أو المشتركة فتعتبر استثناء من الأصل المتقدم، إلا أن الحاجة إليها نشأت حديثًا بسبب أهميتها في ظل التطور الإقتصادي والإشتراكي، ولذلك نجد معظم التشريعات تورد لها تنظيمًا خاصًا خارج التقنين المدني، كما في عقود العمل الذي ينظمه قانون العمل، وعقد الصلح الذي ينظمه قانون التجارة.

ثالثًا: عقود المساومة وعقود الإذعان :

١٥٦ ـ تنقسم العقود من حيث حرية الأطراف في مناقشة شروطها إلى عقود مساومة وعقود إذعان وذلك على النحو التالي :

١ ـ عقد المساومة: هو العقد الذي يكون لطرفيه أن يناقشا شروطه بحرية قبل إبرامه، وهذا هو الأصل في العقود، حيث يعرف الفقه التقليدي العقد باعتباره اتفاقًا بين طرفين، يتعاملان على قدم المساواة بحرية تامة.

٢ ـ عقد الإذعان: هو من العقود الحديثة، وهو عقد لا يناقش أحد طرفيه شروطه التي يضعها الطرف الآخر، فهو إما أن يقبله بهذه الشروط وإما أن يرفضه برمته، فليس له حرية مناقشة شروطه أو طلب تعديله، وذلك كعقد إدخال الكهرباء أو التليفون.

ويتضح من هذا أن لعقد الإذعان طرفان: أحدهما قوي وهو الموجب، يحتكر سلعة معينة، ويضع مقدمًا كل شروط العقد، وغالبًا ما تكون مطبوعة، والآخر ضعيف وهو القابل من الجمهور، والذي لا يستطيع مناقشة شروط الطرف الأول، فإما أن يقبلها جملة فينعقد العقد، وإما أن يتركها جملة فلا ينعقد العقد، وبالتالي لا يعتبر القابل في مركز متساو مع

الموجب، وهذا ما نص عليه القانون المدني (م١٠٠ مدني)[١].

وتتميز عقود الإذعان بما يأتي:

١ ـ أنها تتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلك.

٢ ـ احتكار الموجب لهذه السلعة احتكاراً قانونيًا أو فعليًا، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها[٢].

٣ ـ أنها عقود غير شخصية، فالإيجاب فيها لا يوجه إلى شخص معين بذاته بل يوجه إلى الجمهور عامة.

٤ ـ يتخذ الإيجاب فيها صورة العرض العام والدائم، فلا يتغير مع كل عقد، وغالبًا ما تكون شروطه مطبوعة مقدمًا[٣].

١٥٧ ـ أهمية التفرقة بين عقود المساومة وعقود الإذعان:

تبدو هذه الأهمية فيما يتعلق بتدخل القانون لتنظيم آثار العقد، حيث يوجد اتجاهاً تشريعيًا في معظم الدول يوسع من تدخل القانون لتنظيم عقود الإذعان، ويتم هذا التدخل عادة بطريقين:

الأول: طريق مباشر، بأن يفرض المشرع بعض القواعد الآمرة التي يتعين

---

(١) تنص المادة ١٠٠ من القانون المدني بأن «القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

(٢) نقض مدني ٢٢/ ٤/ ١٩٥٤ (مجموعة النقض س٥ ص٧٨٨ رقم ١١٩).

(٣) لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٨. العطار، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

على المتعاقدين مراعاتها بحيث يعتبر كل اتفاق مخالف لها باطل بطلانًا مطلقًا، كماهو الحال بالنسبة للتسعيرة الجبرية لبعض السلع والخدمات الضرورية، وكذلك تحديد قيمة إستهلاك الكهرباء والمياه وأجرة النقل العام.

الثاني: طريق غيرمباشر، بأن يخول القانون للقاضي سلطات أوسع في مجالات تفسير عقود الإذعان وتعديلها، وذلك استثناء من القواعد العامة ومنها:

أ ـ ينص القانون على أنه عند الشك في تحديد معنى شرط من شروط العقد، فإن الشك يفسر لمصلحة المدين (م١٥١/ ١) ثم خرج عن هذا الأصل العام وقرر أنه بالنسبة لعقود الإذعان فإنه ينبغي أن يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن، بحيث لا يكون التفسيرضاراً به، دائنًا كان أو مدينًا (م١٥١/ ٢).

ب ـ يقضي القانون كذلك بأن للقاضي أن يعدل أو يلغي الشروط التعسفية التي يفرضها المحتكر على الطرف المذعن في عقود الإذعان، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م١٤٩)، وهذا حكم خاص بعقود الإذعان يخرج عن القواعد العامة التي تقضي بقصر سلطة القاضي بالنسبة للعقود على تفسيرها وتحديد مضمونها وفقاً لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» (م١٤٧/ ١).

* * *

الفصل الثالث

تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها

١٥٨ ـ تنقسم العقود بحسب الآثار المترتبة عليها إلى جملة من التقسيمات، فهي إما أن تكون عقوداً ملزمة للجانبين، أو ملزمة لجانب واحد، وقد تكون عقود معاوضة أو تبرع، وقد تكون عقوداً محددة أو إحتمالية، وقد تكون عقوداً فورية أو زمنية، وأخيراً قد تكون عقوداً لازمة أوغير لازمة.

أولاً: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

١٥٩ ـ العقد الملزم للجانبين: هو العقد الذي ينشيء منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، ويسمى أيضًا بالعقد التبادلي، حيث تتبادل فيه الإلتزامات، ويكون كل من طرفيه منذ اللحظة الأولى لإبرام العقد دائنًا ومدينًا في ذات الوقت، كعقد البيع الذي يرتب منذ قيامه التزامات في ذمة البائع، أهمها: إلتزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه، وإلتزامات تقابلها في ذمة المشترى أهمها: إلتزامه بدفع الثمن. فالبائع دائن بالثمن ومدين بنقل ملكية المبيع وتسليمه، والمشتري دائن بنقل الملكية والتسليم ومدين بالثمن.

أما العقد الملزم لجانب واحد: فهو العقد الذي ينشيء منذ تكوينه إلتزامات في ذمة أحد طرفيه دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائنًا والآخر مدينًا فقط، كعقد الهبة، حيث يلتزم الواهب فيه بتسليم الموهوب ولا يلتزم

الموهوب له بشيء، ويمكن أن يتحول العقد الملزم لجانب واحد إلى عقد ملزم للجانبين، كما لو كانت الهبة بعوض، حيث يلتزم الموهوب له هنا بدفع عوض يسير للواهب.

ويلاحظ أن العبرة في تحديد وصف العقد بأنه ملزم للجانبين أو لجانب واحد، إنما يكون بالنظر إلى وقت إبرامه، فلا ينظر إلى الإلتزامات التي قد تنشأ في وقت لاحق، كما يلاحظ أنه تجب التفرقة بين العقد الملزم لجانب واحد، والتصرف القانوني الصادر من جانب واحد (الإرادة المنفردة) فالأول لا ينعقد إلا بوجود إرادتين متوافقتين، وليس معنى كونه ملزمًا لجانب واحد أنه ينعقد بإرادة واحدة، بل كونه لايرتب إلتزامات إلاعلى عاتق طرف واحد أو جانب واحد، في حين ينعقد الثاني بإرادة واحدة فقط كما هو الحال في الوعد بجائزة[1].

١٦٠ ـ أهمية التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

تنفرد العقود الملزمة للجانبين بقواعد قانونية معينة، لا تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد، نظرًا للتقابل بين إلتزامات المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين، وعدمه في العقود الملزمة لجانب واحد، وهذه القواعد هي الفسخ، والدفع بعدم التنفيذ، وتحمل تبعة الهلاك عند إستحالة التنفيذ.

أولاً: الفسخ: إذا لم يقم أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بتنفيذ إلتزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد حتى يتحلل من إلتزامه (م١٥٧/ ١مدني)، بينما لا محل لهذا في العقود الملزمة لجانب واحد؛ لأن

(١) لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥٢ هامش (٢٥).

الغاية من الفسخ، هي أن يتحلل طالب الفسخ من إلتزامه، فإذا أخل المدين بالتزامه في هذا النوع من العقود، فلا يتصورأن يطلب الطرف الآخر الفسخ؛ لأنه ليس عليه إلتزام يريد التحلل منه، ومن ثم تقتضي مصلحته أن يطالب بتنفيذ العقد فقط، بخلاف جواز مطالبته بالتنفيذ أو الفسخ في العقود الملزمة للجانبين.

ثانيًا: الدفع بعدم التنفيذ: إذا طالب أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين المتعاقد الآخر بتنفيذ العقد، جاز لهذا الأخير أن يدفع المطالبة، بأن يمتنع عن التنفيذ، ما دام أن الأول لم يقم بتنفيذ إلتزامه (م١٦١ مدني). وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، والذي لا يمكن تصوره في العقود الملزمة لجانب واحد؛ لأن الدائن في هذا العقد لم يتعلق بذمته إلتزام حتى يمتنع عن تنفيذه أو يمكن الدفع ضده بعدم التنفيذ.

ثالثًا: تحمل تبعة الهلاك: قد ينقضي الإلتزام باستحالة تنفيذه، فإذا ما كانت الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، أي بقوة قاهرة، (م٣٧٣مدني) فإن الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك يختلف بحسب نوع العقد. ففي العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى الإلتزام بسبب إستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م١٥٩مدني)، وفي هذه الحالة تقع تبعة الهلاك على المدين بالإلتزام الذي استحال تنفيذه، فإذا هلكت العين المبيعة بقوة قاهرة قبل التسليم، إنقضى إلتزام البائع بتسليمها، كما ينقضي أيضًا إلتزام المشتري المقابل له بدفع ثمنها، وتقع تبعة الهلاك في هذه الحالة على عاتق المدين بالإلتزام الذي استحال

تنفيذه، وهو البائع المدين بالتسليم.

أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فإن تبعة الهلاك تقع علي عاتق الدائن؛ لأن المدين في هذه العقود ينقضي التزامه باستحالة تنفيذه بقوة قاهرة، دون أن يترتب على ذلك إنقضاء إلتزام يقع علي عاتق الطرف الآخر. فيكون هذا الطرف الآخر وهو الدائن هو الذي يتحمل تبعةالهلاك. فهلاك الشيء الموهوب قبل التسليم، يتحمل تبعة هلاكه الدائن وهو الموهوب له، إذ ينقضي إلتزام الواهب بهلاك محل الهبة، دون أن ينقضي التزام الموهوب له، إذ لا يقع عليه التزام في هذه الحالة، وبالتالي يتحمل وحده وهو الدائن تبعة الهلاك.

ثانيًا: عقود المعاوضة وعقود التبرع:

١٦١ ـ عقد المعاوضة: هو العقد الذي يحقق منفعة لجميع أطرافه بحيث يأخذ فيه كل من المتعاقدن مقابلاً لما يعطي، كالبيع مثلاً، حيث يأخذ البائع الثمن في مقابل تسليم المبيع، كما يأخذ المشتري المبيع في مقابل الثمن.

أما عقد التبرع: فهوالعقد الذي لا يحقق منفعة إلا لأحد طرفيه فقط، بحيث لا يأخذ فيه الطرف الآخر مقابلاً لمايعطيه، كالهبة مثلاً، حيث يأخذ الموهوب له الهبة دون أن يتحمل بمقابل يعطيه للواهب، وبالتالي تتحقق المنفعة فقط للموهوب له دون الواهب، ولايأخذ الواهب مقابلاً للهبة التي أعطاها للموهوب له.

وتجب التفرقة في هذا الصدد بين عقد التبرع باعتباره خروج مال من ذمة المتبرع إلى المتبرع له كما في الهبة، وبين عقد التفضل، باعتباره تخصيص

منفعة أو خدمة للمتفضل عليه دون أن يترتب على ذلك إخراج المال من ذمة المتفضل، ولهذا أوجب القانون في الهبة توافر الرسمية لانعقادها بخلاف العارية والوديعة بغير أجر، فلايشترط فيهما الرسمية لانعقادهما بالرغم من اعتبارهما من عقود التبرع ولكن هذه التفرقة واجبة لمعرفة ما إذا كان عقد التبرع يخرج شيئًا من الذمة أم لا.

كما يجب عدم الخلط بين تقسيم العقود إلى معاوضات وتبرعات، وبين تقسيمها إلى عقود ملزمة لجانب واحد أو ملزمة للجانبين، فإذا كان الغالب أن العقود الملزمة للجانبين هي عقود معاوضة، وأن العقود الملزمة لجانب واحد، هي عقود تبرع، إلا أن هذا لا يتحقق دائمًا، فقد يكون العقد تبرعًا، ومع ذلك ملزمًا للجانبين، كالعارية، حيث يلتزم المعير بتسليم الشيء المعار وعدم طلب رده قبل المدة المحددة للعارية بالرغم من أنه لايتقاضى مقابلاً لذلك، كما يلتزم المستعير بالمحافظة على الشيء المعار ورده في نهاية المدة، وبالعكس، قد يكون العقد معاوضة، ومع ذلك ملزمًا لجانب واحد، كماهو الحال في الكفالة إذا أخذ الكفيل أجرة من المدين.

١٦٢ ـ أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع:

تبدو هذه الأهمية من عدة وجوه أهمها[١]:

١ ـ الأصل أن الغلط في شخص المتعاقد يعيب الإرادة في عقود التبرع، فيجعلها قابلة للإبطال لأن شخصية المتبرع له ذات محل إعتبار في إبرام

---

(١) محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٣٦.

العقد، أما في عقود المعاوضة فإن مثل هذا الغلط لايعيب الإرادة إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل إعتبار خاص في التعاقد، كماهو الحال في الشركة والمزارعة، هذا من حيث الغلط في شخص المتعاقد.

٢ ـ من حيث المسئولية؛ فإن مسئولية المتبرع أخف من مسئولية غيرالمتبرع لأنه لايتلقى شيئًا في مقابل ما يعطيه، وبالرغم من تدرج المسئولية في حالة التبرع إلا أنها أخف من المسئولية في حالة المعاوضة على كل حال فمسئولية المودَع لديه أشد من مسئولية المستعير ومع ذلك فإن مسئولية المعاوض أشد من مسئولية المودَع لديه.

٣ ـ من حيث الضمان؛ نجد أن الأصل هوأن الضمان لا يقوم إلا في عقود المعاوضة، بخلاف التبرعات، حيث لا يضمن المتبرع كالواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الإستحقاق، أو كانت الهبة بعوض (م٤٩٤مدني)، كما لا يضمن الواهب العيوب إلا إذا تعمد إخفاء العيب، أوضمن خلو الشيء الموهوب من العيب، أوكانت الهبة بعوض (م٤٩٥مدني). أما المعاوض فإنه يضمن الإستحقاق والعيب، حتى ولو كان لا يعلم بسبب الإستحقاق أوبوجود العيب.

٤ ـ من حيث الطعن في تصرفات المدين، حيث تختلف شروط الطعن بالدعوى البوليصية في المعاوضات عنها في التبرعات، فإذاكان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويًا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، أما إذا كان التصرف تبرعًا، فلا يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يثبت شيء من

ذلك (م٢٣٨ مدني).

ثالثًا: العقود المحددة والعقود الإحتمالية:

١٦٣ ـ تنقسم العقود من حيث تحديد آثارها وقت انعقادها أوعدم تحديدها إلي عقود محددة وعقود إحتمالية.

فالعقد المحدد: هو العقد الذي يستطيع المتعاقدان فيه عند إبرامه، تحديد مقدارما يأخذه كل منهم وما يعطيه، حيث يتم فيه تحديد قيمة المنفعةالتي يقدمها أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، وقيمة المنفعة التي يأخذها هذا المتعاقد من المتعاقد الآخر. فقعد البيع مثلاً، يحدد فيه المتبايعان منذ البداية المبيع وثمنه على وجه معلوم لكل منهما.

ويلاحظ أن العقد يكون محددًا ولو لم يكن هناك تعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، فالتعادل بين المنافع في العقود ليس شرطًا لإطلاق وصف التحديد عليها، طالما أن المتعاقدين على علم بهذه المنافع.

أما العقد الإحتمالي: فهو الذي لا يعرف فيه كل من المتعاقدين عند إبرامه، مقدار مايأخذ ومقدار ما يعطي؛ لأن هذا المقداريتحدد بأمر مستقبل غيرمحقق الوقوع، ولذا فإن هذا النوع من العقود يسمى بعقود الغرر[١]، ومن هذه العقود عقد التأمين. فالمؤمن له يدفع مبلغ التأمين للمؤمن، وذلك تأمينًا من خطر معين قد يقع في المستقبل وقد لايقع، ولذا فإن مبلغ التأمين هذا قد يقبضه المؤمن له وقد لا يقبضه، إذا لم يقع الخطر المؤمن منه.

---

(١) العطار، المرجع السابق، ص ٢٧١.

وبالتالي فإن المؤمن له والمؤمن لا يعرفان مقدمًا مقدار ما يأخذه كل منهم أو يعطيه، وخاصة إذاكان التأمين لمدةحياة المؤمن له، إذ بوفاته ينقضي إلتزامه بدفع الأقساط، في الوقت الذي يستطيع المؤمن أن يحدد مقدمًا مبلغ التعويض الواجب دفعه عند وقوع الخطر.

١٦٤ ـ أهمية التفرقة بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

إذا كان لهذه التفرقة أهميتها من الناحية الإقتصادية، فإنها تتضاءل من الناحية القانونية، وتبدو أهمية هذا التقسيم، في أن أحكام الغبن لايؤثر في العقود الإحتمالية، لأنها بطبيعتها تحتمل الكسب والخسارة، ولذا يقتصر تطبيق هذه الأحكام على العقود المحددة فقط دون العقود الإحتمالية، بيد أن الإتجاه الحديث يعمم تطبيق الغبن على العقود المحددة والعقود الإحتمالية، ويكون التعادل في تلك العقود الأخيرة بين احتمال الكسب وإحتمال الخسارة وقت العقد(١).

رابعًا: العقود الفورية والعقود الزمنية:

١٦٥ ـ تنقسم العقود باعتبارالزمن عنصرًا في ترتيب آثارها أم لا إلى عقود فورية، وأخرى زمنية أوعقود المدة.

فالعقد الفوري: هوالعقد الذي لايكون الزمن عنصرًا جوهريًا فيه، فيتحدد الإلتزام فيه مستقلاً عن الزمن، ويكون تنفيذه فوريًا، حتى ولوتراخى إلى أجل أوآجال متتابعة، مثال ذلك عقد البيع، فهوعقد فوري،

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٥٤.

نظرًا لأن المبيع والثمن يحددان ويسلمان في الحال. بل إنه يعد فوريًا كذلك ولو كان الثمن مؤجلاً؛ نظرًا لأن الزمن في هذه الحالة لاأثر له في تحديد مقدار الثمن المؤجل، كما يعتبرالبيع فوريًا كذلك ولو كان بثمن مقسط، إذ أن الثمن في هذه الحالة ليس إلا ثمنًا مؤجلاً إلى آجال متعددة، ولا أثرلهذه الآجال على تحديد مقداره، حيث يتحدد هذا المقدار عند الإتفاق بداية، وبالتالي فإن الزمن - وإن وجد - لا أثر له على مقدار الإلتزامات المحددة سلفًا.

ومثل عقد البيع في ذلك عقد المقاولة، فهوعقد فوري وإن كان يتطلب زمنًا لقيام المقاول بما تعهد به، إلا أن الزمن ليس عنصرًا جوهريًا في تحديد ما يلتزم به المقاول، حيث يتحدد هذا الالتزام مقدمًا.

أما العقد الزمني أوعقد المدة: فهو العقد الذي يكون الزمن عنصرًا جوهريًا فيه، حيث يعتبر مقياسًا يقدر به محل الإلتزام، وقد يكون هذاالعقد ذا تنفيذ مستمر، مثل عقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة، وقد يكون ذا تنفيذ دوري مثل عقد التوريد وعقد الإيراد المرتب، فعقد الإيجار عقد زمني؛ لأن الزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها، وكذا بالنسبة لعقد العمل وعقد الشركة، حيث يعتبرالعقد فيها ذا تنفيذ مستمر؛ نظرًا لأنه يولد التزامات قانونية ممتدة في الزمان.

أما عقد التوريد وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة، فإن الإتفاق فيهما يتم على أساس تكرارالإلتزامات تبعًا لفترة دورية محددة، ففي عقد التوريد مثلاً يتم الإتفاق على أن يقوم أحد المتعاقدين بتوريد مقادير معينة، إشباعًا

لحاجات متكررة، فلا يتحدد الأداء دفعة واحدة وإنما يخضع هذا لعامل الزمن، طبقًا لاتفاق الطرفين، وإذا كان التوريد يشبه البيع أوهو بيع إذا نظرنا إلى كل دفعة على حدة، إلا أنه مع ذلك ينشىء علاقات ممتدة بالاتفاق(١) .

١٦٦ ـ أهمية هذاالتقسيم:

تظهر أهمية التفرقة بين العقد الفوري والعقد الزمني في الأمور الآتية:

١ ـ بالنسبة للبطلان والفسخ، نجد أن للفسخ والبطلان أثرا رجعيا أيا كان العقد، حيث يعتبر العقد كأن لم يكن، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، إلاأن ذلك قد يكون مستحيلاً بالنسبة للعقود الزمنية، حيث يدخل في الإعتبارما تم تنفيذه ولايمكن أن يزول بأثر رجعي، فالمنفعة التي استفاد بها المستأجر خلال مدة من الزمن قبل فسخ العقد أوبطلانه، من الصعب ردها بأثر رجعي بل لا يكون للفسخ والبطلان في هذه الحالة إلا أثرفوري. ولهذا فإن الأثر الرجعي المترتب على الفسخ والبطلان وإن كان صحيحًا بالنسبة للعقد الفوري فهو قد لا يكون صحيحًا بالنسبة لعقود المدة، حيث لا يمكن ـ أحيانًا ـ إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

٢ ـ بالنسبة لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الأصل أنه لا يجوز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ولكن عقود المدة التي تبرم لمدةغيرمحددة مثل عقد العمل غيرالمحدد المدة، يمكن انهاؤها بالإرادة المنفردة من قبل أي من الطرفين، مع

---

(١) المرجع السابق، ص ٦٦.

مراعاة مواعيد الإنذار المنصوص عليها قانونًا.

٣ - بالنسبة لوقف التنفيذ، نجد أن هذا الوقف لا يؤثر على مقدار الإلتزامات الواجبة على كل من الطرفين في العقود الفورية، حيث تبقى كاملة كما كانت قبل الوقف، أما العقد الزمني فيترتب على وقف تنفيذه نقص في كم الأداء بقدرالوقت الذي وقف التنفيذ خلاله؛ لأن الزمن إذا مضى فإنه لا يعود، وما فات منه لا يمكن تعويضه.

٤ - بالنسبة للإعذار، حيث نجد أن الإعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ بالنسبة للعقد الفوري في أغلب الأحيان، بينما لايلزم الإعذار في العقد الزمني إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ إلتزامه، لأن ما تأخر فيه لايمكن تداركه لفوات الزمن، وبالتالي لا جدوى من الإعذار.

٥ - بالنسبة لإعمال نظرية الظروف الطارئة، حيث أن المجال الطبيعي لإعمال هذه النظرية، هوالعقود الزمنية، لأن هذه العقود تمتد زمنًا، وبالتالي تتيح الفرصة لتغيرالظروف، أما العقود الفورية، فلاتنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كانت مؤجلة التنفيذ.

خامسًا: العقد اللازم والعقد غيراللازم:

١٦٧ - تنقسم العقود باعتبار جواز التحلل منها أوعدم جوازه إلى عقود لازمة وأخرى غيرلازمة.

فالعقد اللازم: هو العقد الذي لا يجوز لأحد طرفيه أن يتحلل منه بدون رضاء الطرف الآخر، كالبيع والإيجار والمقاولة والقرض والصلح . . الخ

أما العقد غير اللازم: فهو العقد الذي يجوز لكل من طرفيه أو لأحدهما أن يتحلل منه دون حاجة إلى الحصول علي موافقة الطرف الآخر، كعقد الوكالة حيث يجوز للوكيل أن يعدل أو يتنحى عن الوكالة في أي وقت (م٧١٥ مدني) كما يجوز للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء (م٧١٦ مدني)، وكذا عقد العمل إذا كان غير محدد المدة، حيث يجوز إنهاؤه بإرادة كل من رب العمل أو العامل (م٦٩٤ مدني، م٧ عمل).

والأصل في العقود أنها لازمة، وبالتالي لا يحتاج اللزوم في العقود إلى النص عليه، أما اعتبار العقد غير لازم فإنه لا يكون إلا بنص صريح في القانون ـ كما سبق ـ أو باتفاق الطرفين.

على أن العقد غير اللازم قد يكون كذلك بالنسبة لطرفيه، كما في عقد الوكالة والعمل غير المحدد المدة، وقد يكون كذلك بالنسبة لأحد طرفيه فقط دون الطرف الآخر، كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين على الحياة، إذ يحق للمؤمن له وحده ـ دون المؤمن ـ إنهاء العقد قبل انقضاء المدة المتفق عليها (م٧٦٢ مدني).

١٦٨ ـ أهمية هذا التقسيم:

تبدو هذه الأهمية بالنسبة لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فهذا الإنهاء جائز بالنسبة للعقد غير اللازم، وبالتالي إذا ما تم فإنه لا يعتبر إخلالاً بالعقد وبالتالي لا تترتب أية مسئولية علي عاتق من استعمل هذا الحق، ما لم يكن متعسفًا في استعمال سلطة الإنهاء. أما العقد اللازم فإن إنهاءه بإرادة أحد المتعاقدين، يعد إخلالاً بواجبات العقد، يترتب عليه قيام مسئوليته عن

هذاالإنهاء، وهي مسئوليةعقدية، تتيح للطرف الآخرأن يجبره على تنفيذ العقد، أويطالبه بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء الإخلال بالعقد من جانب من أنهى العقد بإرادته المنفردة.

ويلاحظ أن القانون نظم العقود باعتبارها لازمة أوغيرلازمة، إلا أن النصوص المنظمة لها نصوص مكملة لا آمرة، وبالتالي يجوزللأفراد الاتفاق علي ما يخالف حكمها.

* * *

القسم الثاني

الإرادةالمنفردة

١٦٩ ـ تمهيد وتقسيم:

عندما تناول القانون المدني الكلام عن مصار الالتزام، تناول أولاً العقد ثم الإرادةالمنفردة، ثم العمل غيرالمشروع، ثم الإثراء بلا سبب، وأخيراً القانون كمصدرمن مصادر الإلتزام، وقد انتهينا من الكلام عن المصدر الأول وهوالعقد، ونعرض حالاً للمصدرالثاني، وهوالإرادة المنفردة، الذي حدث بشأنه تطورتشريعي، حيث كان المشروع التمهيدي للقانون المدني يجعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للإلتزام، ولكن نص المشرع هذاحذف في المشروع النهائي، وانتهى الأمرإلى جعل الإرادة المنفردة مصدراً للإلتزام في حالات استثنائية يقررها القانون في نصوص خاصة، ولذا عرض المشرع في القانون المدني لأهم تطبيق للالتزام بالإرادة المنفردة، وهوالوعد بجائزة وذلك في المادة ١٦٢ منه.

على أن مجيء الإرادة المنفردة عقب الكلام عن العقد مباشرة ليس وليد المصادفة، بل لأن بينهما ارتباطًا لا ينفصم عراه، باعتبار أن المصدرين من المصادر الإرادية للإلتزام، وإن كان العقد يتم بتوافق إرادتين، في حين يتحقق المصدرالثاني بإرادة منفردة إلا أن للإرادة دخل فيهما، ولذا كانا مصدرين إراديين، وبالتالي يسري على الإرادة المنفردة من أحكام مايسري علي العقد، وذلك في الحدود التي لايقوم فيهاتعارض تقتضيه طبيعة كل من المصدرين أو

مع ما ينص عليه القانون.

ولهذا فسوف نعرض - في دراستنا للإرادة المنفردة - لمدى دور الإرادة في إنشاء الالتزامات، ثم نعرض لأهم التطبيقات التشريعية التي نص عليها القانون للإرادة المنفردة، وهي الوعد بجائزة، وذلك في بابين مستقلين:

الباب الأول

مدى دور الإرادة المنفردة في إنشاء الإلتزام

١٧٠ ـ تعريف:

يقصد بالإرادة المنفردة: أن تتجه إرادة شخص واحد إلى إحداث أثر قانوني، أي تتجه هذه الإرادة إلى الإلتزام بحكم القانون، فلايوجد في هذه الحالة توافق إرادتين، وإنما تلتزم إرادة منفردةبعمل معين أو بامتناع عن عمل[١] فمن وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين فإنه يلتزم بإعطاء الجائزة لمن يتم هذاالعمل، فهذا الإلتزام مصدره الإرادة المنفردة.

١٧١ ـ دور الإرادة المنفردة في إنتاج الآثار القانونية:

لا شك أن الإرادة المنفردة تستطيع في مجالات كثيرة متفرقة ومتباينة أن ترتب بعض الآثار القانونية، فيكون لها أثر على الحقوق والعقود منها:

١ ـ قد تنشئ الإرادة المنفردة الحقوق العينية والشخصية، وقد تسقطه. فهي قد تنشئ حقاً عينياً كمن أوصى لشخص بمنزل، حيث تتم الوصية بإرادة الموصي المنفردة، وبها يمتلك الموصَى له الشيء الموصي به عند وفاة الموصِي أي ينشأ للموصَى له حق ملكية، وهو حق عيني على الشيء الموصى به كما تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ حقاً شخصياً، كماهو الحال في الوعد بجائزة وقد تسقط الإرادة المنفردة الحق العيني، كما هو الحال في التنازل عن حق

---

[١] العطار، المرجع السابق، ص٢٨٧.

الرهن مثلاً، وقد يسقط الحق الشخصي أيضًا بالإرادة المنفردة كما هو الحال في إبراء الدائن لمدينه من الدين كله أوبعضه.

٢ ـ للإرادة المنفردة أثر علي بعض العقود، فهي قد تصحح العقد القابل للإبطال، وذلك بالإجازة التي تعني زوال الخطر الذي كان يهدد العقد القابل للإبطال، كما تستطيع الإرادة المنفردة أن تجعل العقد غير النافذ في مواجهة الغير نافذا، وذلك بإقرار الغير له، وقد تؤدي الإرادة المنفردة إلى إنهاء بعض العقود، كالوكالة حيث يستطيع كل من الوكيل والموكل أن ينهي الوكالة في أي وقت بالإرادة المنفردة، وكذا الرجوع في الهبة، فإنه يتم أيضا بإرادة منفردة، وبه ينتهي عقد (الهبة)، وقد تنهي الإرادة المنفردة عقد الزواج بالطلاق وفقا لأحكام الفقه الاسلامي.

١٧٢ ـ مدى إعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام.

اختلف فقهاء القانون حول صلاحية الإرادة المنفردة مصدرا عاما لانشاء الإلتزام. فمنهم من يرى إن الارادة المنفردة لا تصلح مصدرا عاما لإنشاء الإلتزام، وهذا هو الفقه التقليدي والذي يسير عليه القانون الفرنسي، ولذا أطلق بعض الفقهاء على هذا الرأي بالنظرية الفرنسية[1] وهذه النظرية تقضي بأن الإرادة المنفردة لا تستطيع أن تنشئ إلتزام وذلك للآتي:

١ ـ الإلتزام بالإرادة المنفردة يعني أن يقيد الشخص نفسه إلى الابد بهذا الإلتزام، وهذا قيد على الحرية يخالف النظام العام.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٦٧٧، بند (٣٤٧).

٢ - الإلتزام بالإرادة المنفردة يعني أن يلتزم الشخص نحو نفسه ، لأن الدائن غير موجود، مع أن الحق الشخصي لابد فيه من دائن ومدين.

٣ - إذا سلمنا أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة، فكيف نسلم بأن الدائن يصبح دائنا دون ارادته، وإذا التزم المدين لغير دائن فلا قيمة لهذا الإلتزام.

٤ - إذا سلمنا بأن الإرادة المنفردة تنشئ الحق الشخصي، فإنها تحل محل العقد، لأن كل إرادة فيه تكفي لنشوء الحق الشخصي وهذا يعني الإستغناء عن نظرية العقد، ولم يقل به أحد.

٥ - إعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام والإستغناء بها عن العقد ، يفترض أنها صدرت بعد ترو، والذي يقع عملا في التعاقد أن المتعاقدين في أغلب العقود يتفاوضان، وتتعدل إرادة كل منهما حتي يصلا إلي التوافق، فإرادة كل منهما في النهاية إرادة ناتجة من تفاعل إرادتيهما ، لا إرادة منفردة لكل منهما.

ومن الفقهاء من يرى أن الإرادة المنفردة تصلح مصدرا عاما لإنشاء الإلتزام والحق الشخصي، وهذا هو الفقه الحديث والذي يسير عليه القانون الألماني ولذا أطلق على هذا الرأي «النظرية الألمانية»[١] حيث يقضي بأنه ليس ثمة ما يمنع من أن ينشأ الإلتزام بإردة المدين المنفردة وذلك لما يأتي:

١ - للشخص أن يقيد نفسه بالتزام معين في حدود القانون، ولا مخالفة في ذلك للنظام العام، طالما أنه في حدود القانون.

---

(١) المرجع السابق.

٢ ـ تقتضي الضرورة ترتيب آثار على الإرادة المنفردة، كما هو الحال في الوصية والوقف والوعد بجائزة، فحماية للموصَى له وللموقوف عليه وللجمهور، لابد من إلزام الشخص بهذه الإرادة ا لمنفردة.

٣ ـ عدم وجود الدائن عند نشوء الإلتزام بالإرادة المنفردة لا خطر منه، لان الدائن يشترط وجوده فقط عند تنفيذ الإلتزام، وبالتالي فإن من يلتزم بإرادته المنفردة لا يلتزم نحو نفسه وإنما يلتزم في مواجهة الغير.

٤ ـ وجود الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام لا يغني عن وجود العقد كمصدر للإلتزام، لان لكل منهما نطاقه وشروطه. وبالتالي لا غنى عن العقد إلى جانب الإرادة المنفردة.

٥ ـ إرادة كل متعاقد ليست مجر د ناتج تفاعل إرادتي المتعاقدين، لإنه عند نهاية المفاوضات في العقد تتخذ كل إرادة موقفا محددا تعبر فيه عما يرضاه صاحبها فيتم العقد أو لا يتم[1].

١٧٣ ـ موقف القانون المصري من الإرادة المنفردة:

إتجه المشروع التمهيدي للقانون المصري إلى جعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام، حيث كانت المادة ٢٢٨ منه تنص على أنه:

«١ ـ إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا، وكان لمدة معينة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه قط.

---

(١) راجع في تفصيل الرأيين. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٢٨٩، ٢٩٠.

٢ - وتسري على هذا الوعدالأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الإلتزام.

٣ - يبقى الايجاب في العقود خاضعا للأحكام الخاصة به. ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور».

فهذا النص يجعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام، شريطة أن تكون مكتوبة، وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي، عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، وإكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاما[١].

وبحذف هذه المادة في المشروع النهائي أصبحت الإراة المنفردة مصدرا للإلتزام في الحالات التي ينص عليها القانون، وبالتالي لم تعد مصدرا عاما وإنما أصبحت مصدرا خاصا فقط، حيث يقضي القانون بذلك[٢].

ولما كان القانون المدني لم يتضمن نصا صريحا بجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام، وإنما تناولها عند الكلام عن مصادر الإلتزام، حيث أفرد لها فصلا خاصا بعنوان: الإرادة المنفردة (الفصل الثاني من الباب الأول الخاص بمصادر الإلتزام)، وأيضا، لما كان الرأي الغالب في الفقه القانوني المصري هو أن الإرادة المنفردة تعتبر مصدرا للإلتزام في حالات خاصة ينص عليها القانون، فإن البعض ذهب إلى أن الإرادة المنفردة في ظل القانون المدني

---

(١) مجموعة الاعمال التحضرية، جـ ٢ ص ٢٣٨ بالهامش.

(٢) توفيق فرج، ص ٣٤٧، لبيب شنب، ص ٣١٦. عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٨٣. عبد الخالق حسن، ص ١٩٩.

ـالي لا تعتبر مصدرا مباشرا للإلتزام، وإن الإلتزام الناشئ عن ـزة مصدره المباشر القانون لا الإرادة المنفردة، فالإرادة المنفردة في ما هي إلا مصدر غير مباشر[1].

ن الراجح في الفقـه المصـري هو جـعـل الإرادة المنفـردة مـصـدرا للإلتزام ، بل تعتبر المصدر المباشر في الحالات التي ينص عليها دليل تبويب القانون المدني الحالي لمصادر الإلتزام، حيث تعتبر ـردة المصدر المباشر لبعض الإلتزامات التي حددها القانون منها:

ـجاب الملزم: وهو الإيجاب الذي اقترن بمدة صريحة أو ضمنية (م ـيث يظل الموجب ملزما بالإيجاب الذي صدر منه طوال مدة مـصـدر إلتزام الموجب بالبقـاء على إيجـابه طوال فـتـرة ـادة الموجب وحدها.

ـيـر العقار المرهون رهنا رسميا : حيث تنص المادة ١٠٦٦ مدني ـجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعـد أن يوفي الديون القدر الذي قوم به العقار»، فإذا أراد الحائز للعقار تطهيره، فإنه ـته المنفردة أن يوفي الديون المقيدة للعقـار وبالقدر الذي قوم به، إعلانه الدائنين المقيدة حقوقهم على النحو المبين في المادة ١٠٦٥ .

ـوعد بجائزة الموجه للجمهور : وقد نظمه القانون المدني المصري في في الفصل المخصص للإرادة المنفردة ، وهذا ما سنعرض له في ـي:

---

[1] ـري، الوسيط جـ١ بند (٩٠٨) . الوجيز جـ١ بند (٥٧٩).

الباب الثاني

الوعد بجائزة

١٧٤ - تعريفه:

الوعد بجائزة نظام قانوني مؤداه أن يوجه شخص للناس عامة، وعدا يقطعه على نفسه، ويعلنه لهم، وذلك بإعطاء جائزة معلومة لمن يقوم بعمل ما، كمنح مبلغ من المال أو أي شئ آخر، لمن يكتشف دواء لمرض عضال، أو يعثر على شئ مفقود، أو يدلي بمعلومات تؤدي إلى معرفة مرتكب جريمة معينة[١]، فإذا ما تم الوعد على هذا النحو، فإن الواعد يلتزم بأداء ما وعد به لمن قام بالعمل، حتى لو كان قد قام به من غير نظر للجائزة، أو حتى غير عالم بها[٢].

وقد نظم القانون المدني الوعد بجائزة، حيث نصت المادة ١٦٢ منه بقولها «من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، إلتزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها. وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور».

---

(١) نقض مدني ٣٠/ ٣/ ١٩٦٢ (مجموعة النقض س ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢).

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٦٨٦ بند (٣٥٣).

وبهذا يتضح أن الوعد بجائزة هونظام قانوني، أورده المشرع تطبيقا هاما لدور الإرادة المنفردة في إنشاء الإلتزام، وإن كان دورا خاصا وفقا للرأي الراجح والغالب، وبالتالي يتعين علينا معرفة شروط هذا النظام، وأحكامه وتقادم الحق فيه. وذلك كما يلي:

١٧٥ ـ شروط الوعد بجائزة:

يلزم لكي يقوم الوعد بجائزة أن تتوافر الشروط الاتية:

١ ـ يجب أن توجد إرادة تتجه إلى إنشاء إلتزام.

وهذه هي إرداة الواعد الذي يريد أن يلزم نفسه قبل شخص معين، ويلزم أن تكون هذه الإرادة جدية، أي ترغب في الزام صاحبها، فإذا لم تكن كذلك، كما لو أعلن التاجر أنه سيعطي جائزة لمن يجد عيبا في بضاعته، فإن الإرادة لا تتجه إلى إنشاء إلتزام في ذمته، حيث يقصد بهذا الإعلان الدعاية لبضاعته، ولذا يشترط في هذه الإرادة أن تكون جدية، أي يعتد بها القانون، كما يشترط أن تنصرف هذه الإرادة إلى تحقيق باعث مشروع، وأن ترد على محل مستوف للشروط.

ويلزم أن يتوافر في الواعد ـ الصادر منه هذه الارادة ـ الأهلية اللازمة بأن يكون مميزا، فإن كان عديم التمييز كان وعده باطلا، وذلك وفقا للقواعد العامة في التصرفات القانونية، كما يشترط أن تكون إرادة الواعد سليمة من العيوب، فإذا شابها غلط أو تدليس أو إكراه، كان الوعد قابلا للإبطال لمصلحة الواعد.

٢ - أن يوجه الوعد إلى الجمهور، أي الناس كافة، لا إلى شخص معين، فإن وجه إلى شخص أو أشخاص معينين، لا يكون وعدا، وإنما يعتبر إيجابا تسري بشأنه قواعد الإيجاب السابق بيانها ، وبالتالي إذا اقترن به قبول، قام عقد بين الطرفين، و لا نكون بصدد إلتزام بالإرادة المنفردة.

ويلزم أن يوجه هذا الوعد إلى الجمهور بصورة علنية، ولا يشترط العلم اليقيني لكل الناس ، بل يكفي فقط علم الغالبية منهم، فقد يكون الإعلان بالنشر في الصحف أو الإذاعة، أو بأي طريقة أخرى ، فلا يعلم به إلا غالبية الجمهور.

٣ - تحديد المطلوب لاستحقاق الجائزة بأن يحدد ا لواعد العمل الذي يقوم به أحد من الجمهور لاستحقاق الجائزة ، وأن يكون هذا العمل معينا تعيينا نافيا للجهالة، كالعثور على شئ ضائع ، أو وضع أفضل تصميم هندسي لبناء معين. كما يشترط في العمل المطلوب أن يكون ممكنا ، فإن كان مستحيلا، فلا يحقق الوعد فائدته ، إذ لا تكليف إلا بمقدور ولا تخيير إلا بين مقدور ومقدور.

٤ - تحديد الجائزة المستحقة، و هذا يقتضي أن يتضمن الوعد تحديد الجائزة تحديدا كافيا أيا كان نوعها، فيجوز أن تكون مبلغا من النقود، فيحدد مقداره بدقة ، وقد تكون أشياء أخرى غير النقود لها قيمة مالية، بل ويصح الوعد حتى ولو كانت الجائزة ذات قيمة أدبية، كوسام أو غيره.

١٧٦ - آثار الوعد بجائزة:

إذا توافرت الشروط السابقة ترتب على الوعد بالجائزة الآثار الآتية:

١ - إذا كان الواعد قد حدد مدة. في هذه الحالة يلتزم الواعد بإرادته المنفردة طوال هذه المدة التي يحددها، ولا يجوز له الرجوع في وعده خلال هذه المدة، فإذا قام شخص بإنجاز العمل المعلن عنه خلال هذه المدة فإنه يستحق الجائزة ويجوز له مطالبة الواعد بها ولو كان جاهلا بالوعد أو قام بالعمل دون نظر إليه. أما إذا إنقضت المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب، فإن الواعد يتحلل من وعده، ولو تم هذا العمل من قبل شخص من الناس بعد هذا الوقت.

٢ - إذا كان الواعد لم يحدد مدة لأداء العمل المطلوب، فيلتزم الواعد بالوعد الذي صدر منه، ومصدر التزامه إرادته المنفردة، ولكن يجوز للواعد أن يعدل عن وعده، بأن يرجع فيه شريطة أن يكون الرجوع بنفس الطريقة التي أعلن بها وعده للجمهور، ويترتب على ذلك ما يلي:

(أ) إذالم يكن قد بدئ في تنفيذ العمل المطلوب يتحلل الواعد من الإلتزام الذي يقع على عاتقه.

(ب) إذا كان قد بدأ أحد من الناس في تنفيذ العمل، وقبل بلوغ مرحلة الإتمام، رجع الواعد عن وعده، في هذه الحالة يلتزم الواعد أن يعوض من بدأ في التنفيذ، بشرط ألا يزيد التعويض عن قيمة الجائزة الموعود بها طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية، وتسقط دعوى الرجوع بالتعويض لمن بدأ في العمل بمرور ستة أشهر، وتبدأ مدة السقوط في السريان من يوم إعلان الواعد بالرجوع في وعده، وهذه مدة سقوط لا تقادم، وبالتالي لا يرد عليها الوقف أو الإنقطاع[١].

---

(١) العطار، المرجع السابق ص ٢٩٦.

(جـ) إذا كـان العـمل المطلوب قـد تم تنفيـذه كـامـلا قبـل إعلان الرجوع عن وعده ، فإن من قام بالعمل المطلوب يستحق الجائزة ، برجوع الواعد ، لأن رجوعه قد تم بعد تمام العمل المطلوب .

١٧٧ ـ تقادم الحق في الجائزة:

إذا كـان القـانون قد نص على سقـوط دعوى المطالبـة بالجائزة العـدول عن الوعـد بهـا فـإنه لم يتناول أصـلا أثر فـوات الزمن على الجائزة. وإذا كان الأمر كذلك، وكان السقوط بفترة بالغة القصر أشهر من يوم إعلان الواعد بالعدول عن وعده، فلا مفر من إخضا الجائزة، في غيرحالة العدول عن الوعد، للقواعـد العامة، وأ يتقادم بمضي خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ إتمام العمل المطا

* * *

﴿تم الجزء الأول بحمد الله﴾



فهرست الموضوعات

الموضـــــوع

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة